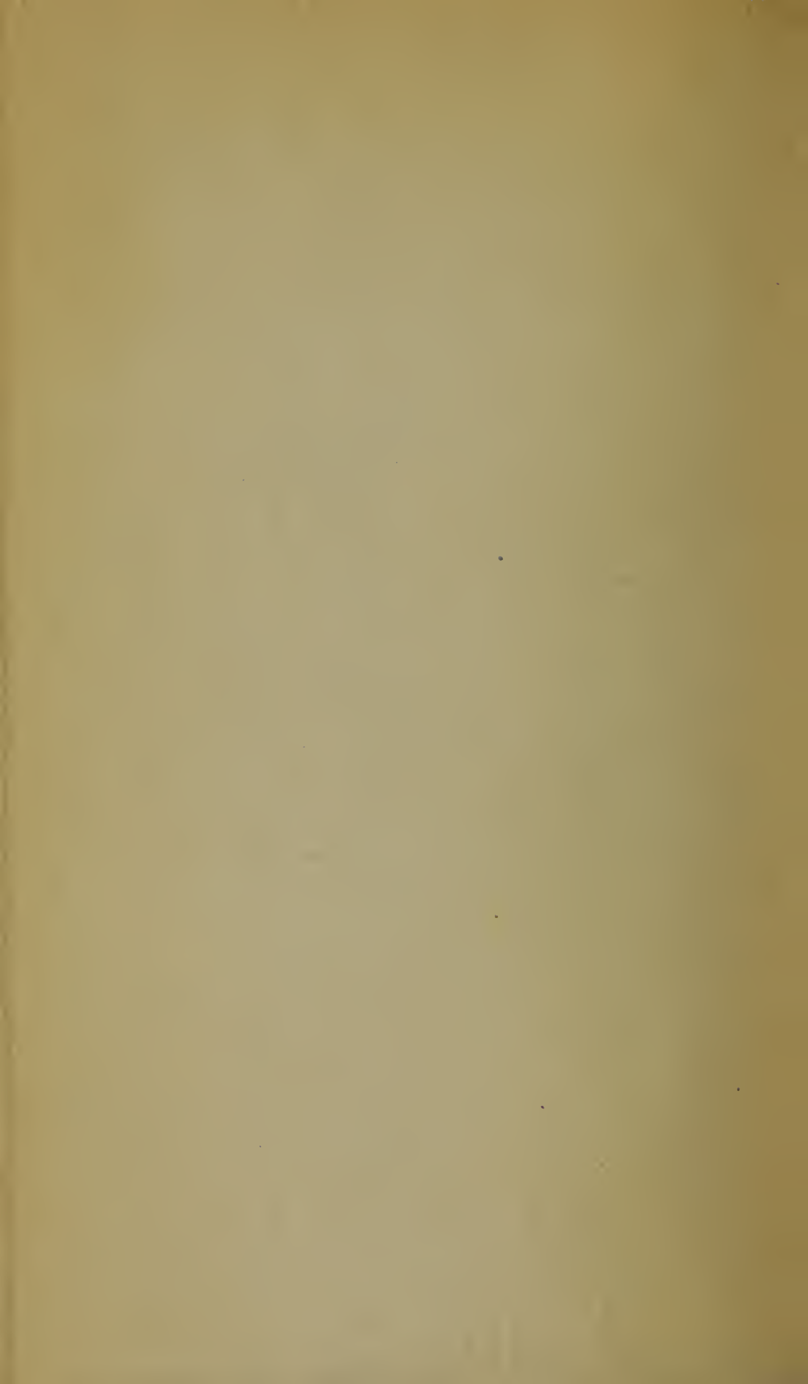




Der Geist

des

Preußischen Privatrechts

in Vergleichung

mit

dem Römischen, Oesterreichischen und Französischen Recht.

Von

Otto Plathner,

Königlich Preußischem Stadtgerichts-Rath.

In zwei Bänden.

Zweiter Band.

Berlin.

Verlag von Carl Heymann.

1854.

Inhalts-Verzeichniß zum zweiten Bande.

Vierter Abschnitt.

Seite

Zweite Abtheilung.

Dritter Titel.

Zweites Kapitel.

Zweites Hauptstück.

Seite

Erster Abschnitt.

Erstes Kapitel.

Zweites Kapitel.

Drittes Kapitel.

Zweiter Abschnitt.

Dritter Abschnitt.

Erstes Kapitel.

Zweites Kapitel.

Erster Titel.

Zweiter Titel.

Erste Abtheilung.

Zweite Abtheilung.

Erste Unter-Abtheilung.

Zweite Unter-Abtheilung.

Zweiter Theil.

Seite

Vierter Abschnitt.

Die Rechtsverletzung.

Die Rechtsverletzung ist:

1) entweder Verletzung eines Rechts, welches einer Person ohne Rücksicht auf eine andere Person zusteht, namentlich Verletzung des Eigenthumsrechts,
2) oder Verletzung einer Verpflichtung durch den Verpflichteten. In letzterer Beziehung wird nur von der Verletzung der aus Verträgen entspringenden Verpflichtungen gehandelt werden.

Erstes Kapitel.

Die Rechtsverletzung außerhalb bestehender Rechtsverhältnisse.

Personen, welche weder durch Vertrag noch in Folge eines andern Rechtsgrundes in ein bestimmtes Rechtsverhältniß getreten sind, stehen einander beziehungslos gegenüber. Nur die allgemeine negative Pflicht besteht für eine jede Person, das Recht einer jeden andern Person nicht zu verletzen. Wenn dieser Pflicht entgegen eine Person das Recht einer andern Person verletzt, so entsteht eine rechtliche Beziehung zwischen diesen Personen. Der Verletzte erwirbt einen Anspruch gegen den Verletzenden.

Damit ein solcher Anspruch entstehe, ist also erforderlich:

1) Seitens des Verletzten die Verletzung eines ihm zustehenden Rechts,
2) Seitens des Verletzenden eine Handlung, welche die Rechtsverletzung bewirkt und dem Handelnden als Unrecht zuzurechnen ist.

Was gewöhnlich nur bezüglich der Ansprüche aus der lex Aquilia gesagt wird, es können Ansprüche nur durch ein Thun, nicht durch ein Nichtthun, Unterlassen, erzeugt werden, das gilt allgemein bezüglich aller Rechtsansprüche, die zwischen Personen entstehen, zwischen denen kein Rechtsverhältniß besteht.

Da keine Person der andern Person gegenüber verpflichtet ist, Etwas zu thun, sondern nur das Recht der andern Person nicht zu verletzen, so kann eben ein Anspruch nicht entstehen durch ein Nichtthun, eine Unterlassung, sondern nur durch ein Thun, eine Handlung.

Es muß aber ferner die Handlung dem Handelnden als ein Unrecht zugerechnet werden können.

Daraus folgt zunächst, daß soweit überhaupt eine Zurechnung nicht stattfindet, auch durch die Handlung kein Rechtsanspruch erzeugt wird, also einerseits nicht durch die Handlung einer willensunfähigen Person und andererseits nicht durch eine unfreiwillige Handlung.

Liegt eine freiwillige Handlung einer handlungsfähigen Person vor, so ist bei der Frage:

ob ein und welcher Anspruch aus der Verletzung entsteht,

entscheidend die Art und Weise der Verletzung.

1) Die Verletzung ist nämlich entweder eine derartige, daß aus ihr einfach ein dem Recht widersprechender Zustand hervorgeht, welcher durch Wiederherstellung des rechtlichen Zustandes beseitigt werden kann. Wer durch eine freiwillige Handlung einen solchen rechtswidrigen Zustand hervorbringt oder festhält, gegen den geht der Anspruch auf Wiederherstellung des rechtlichen Zustandes (der Restitutionsanspruch). Ein solcher Anspruch entsteht, wenn das Recht der Person, nach Willkür zu handeln, namentlich über ihr Eigenthum nach Willkür zu verfügen, widerrechtlich beschränkt wird. Unter letzteren Gesichtspunkt fällt die Negatorienklage und die Vindikation.
2) Die Verletzung kann aber auch in einer Beschädigung bestehen, d. h. in der Zufügung eines Schadens, welcher nicht unmittelbar zu beseitigen ist. In einem solchen Falle geht der Anspruch auf Entschädigung, d. h. auf Vergütung des verursachten Schadens. Zur Entstehung dieses Anspruchs genügt nicht eine freiwillige Handlung, sondern es muß auch noch ein Verschulden des Beschädigenden hinzutreten.

Erster Titel.

Der Restitutionsanspruch.

I. Der Anspruch auf Freiheit zu handeln.

§. 228.

Wer das Recht einer Person nach eigener Willkür zu handeln, durch eine freiwillige Handlung ver-

letzt, gegen den besteht ein Anspruch auf Beseitigung der Verhinderung.

Die Art der Rechtsverletzung erscheint als eine so schwere, daß sie in der Regel unter strafrechtliche Gesichtspunkte fällt, d. h. der Staat selbst schreitet ein und beseitigt die Beschränkung der Freiheit.

Soweit im Römischen Recht nicht besondere Klagen für besondere Verletzungen bestanden, wurde die actio injuriarum gegeben, nach dem Grundsatz:

> injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat; omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur. l. 1. pr. D. 47. 10.

namentlich also konnte mit der actio injuriarum klagen:

> qui in publico lavare, vel in cavea publica sedere, vel in quo alio loco agere, sedere, conversari non patiatur,

und:

> si quis me prohibeat in mari piscari, vel everriculum, quod Graece σαγήνγ dicitur, ducere. l. 13. §. 7. D. 47. 10.
>
> si quis in mari piscari, aut navigare prohibeatur ...
>
> qui in campo publico ludere, vel in publico balneo lavare, aut in theatro spectare arceatur. l. 2. §. 9. D. 43. 8.
>
> uti via publica nemo recte prohibetur. l. 11. C. 3. 34.

und:

> si quis proprium servum distrahere prohibetur a quolibet. l. 24. D. 47. 10.

Soweit die neueren Gesetzbücher die Sache nicht strafrechtlich erledigen, enthalten sie folgende Bestimmungen:

Das A. L. R. sagt 1. 3.:

> §. 26. Niemand darf den Andern Etwas zu thun zwingen, oder sonst dessen Freiheit zu handeln einschränken, dem nicht ein besonderes Recht dazu gebührt.
>
> §. 27. Niemand darf den Andern Etwas zu unterlassen zwingen, weil der Handelnde sich dadurch selbst schaden würde.

Das O. G. B. erwähnt der:

> angebornen Freiheit zu Handlungen, wodurch die Rechte Anderer nicht verletzt werden, §. 317.

und sagt:

> §. 17. Was den angebornen natürlichen Rechten angemessen ist, dieses wird so lange als bestehend angenommen, als die gesetzmäßige Beschränkung dieser Rechte nicht bewiesen wird.

Bezüglich der widerrechtlichen Kränkungen der Freiheit verweist es §. 1339. auf die Strafgesetze.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

II. Der Anspruch, frei über sein Eigenthum zu verfügen.

§. 229.

Wer durch eine freiwillige Handlung den Eigenthümer einer Sache verhindert, nach Willkür über sein Eigenthum zu verfügen, gegen den geht der Anspruch auf Beseitigung der Verhinderung.

Es ist dies der im vorstehenden Paragraph gedachte Anspruch angewandt auf das Recht des Eigenthümers, über seine Sache nach Willkür zu verfügen.

Im Römischen Recht konnte daher der Verletzte:

1) mit der actio injuriarum klagen:

si quis re mea uti me non permittat. l. 13. §. 7. D. 47. 10.

si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur ... sive lectam uvam calcare, sive mustum evehere prohibeatur. l. 25. D. 19. 1.

2) Schon als Besitzer konnte der Eigenthümer Schutz verlangen, nach dem Grundsatz:

vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive in serendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit. l. 11. D. 43. 16.

interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti. l. 8. §. 5. D. 8. 5.

qui aedificare in suo prohibetur . . . qui prohibes me uti mea possessione. l. 3. §. 2. D. 43. 17.

qui colere fundum prohibetur. l. 3. §. 4. l. c.

3) Namentlich aber konnte der Eigenthümer mit der actio negatoria gegen Denjenigen klagen, welcher sich gegen ihn eine Servitut anmaaßte:

actio negativa domino competat adversus fructuarium. l. 5. pr. D. 7. 6.

De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum perti-

nent . . . negatoria domino, qui negat. l. 2. pr. D. 8. 5.

Contra quoque de usufructu, et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum invicem quoque proditae sunt actiones, ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, projiciendi, immittendi, istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. §. 2. J. 4. 6.

quid ergo officium erit judicis, (quam hoc,) ut securus consequatur . . . proprietatis dominus, ne inquietetur. l. 5. §. 7. D. 7. 6.

Nach dem A. L. R. gehört zum Begriff des Eigenthums die Ausschließung Anderer. Wird dies Recht verletzt, so entsteht eine Klage, namentlich also auch gegen den, welcher eine Einschränkung des Eigenthumsrechts durch Servituten behauptet. §. 23. sq. 1. 8. und §. 11. 1. 22.

Außerdem kann der Eigenthümer als Besitzer Schutz verlangen. §. 150. 1. 7.

Das O. G. B. geht ebenfalls davon aus, daß zum Begriff des Eigenthums das Recht gehört,

jeden Andern davon auszuschließen, §. 366.

namentlich erwähnt es auch die Negatorienklage:

§. 523. In Ansehung der Servituten findet ein doppeltes Klagerecht statt . . . Der Eigenthümer kann sich über die Anmaßung einer Servitut beschweren.

Ebenso kann der Eigenthümer als Besitzer:

auf Untersagung des Eingriffs klagen. §. 339. sq.

III. Der Anspruch des Eigenthümers auf Restitution des Besitzes.

§. 230.

Der Eigenthümer einer Sache, welchem durch eine freiwillige Handlung eines Dritten, der Besitz seiner Sache entzogen oder vorenthalten wird, hat einen Anspruch auf Einräumung des Besitzes.

Wenn die verhinderte Einwirkung des Eigenthümers auf seine Sache dadurch verursacht wird, daß dem Eigenthümer der Besitz der Sache entzogen wird, so hat der Eigenthümer die rei vindicatio.

Das Römische Recht sagt daher:

Quae specialis in rem actio (actio singularum rerum petitionis, d. h. rei vindicatio) locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quam his, quae anima carent, et in his, quae solo continentur. l. 1. §. 1. D. 6. 1.

In rem actio competit ei, qui aut jure gentium aut jure civili dominium adquisivit. l. 23. pr. l. c.

Officium autem judicis in hac actione (in) hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat. Ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem.

Unter possessio ist hier Innehabung zu verstehen:

quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Denique (ait) ab eo, apud quem deposita est vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse. l. 9. l. c.

Das A. L. R. verordnet 1. 15.:

§. 1. Der wahre Eigenthümer hat das Recht, seine Sache, die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist oder vorenthalten wird, von jedem Inhaber und Besitzer zurück zu fordern.

Das O. G. B.:

§. 366. Mit dem Rechte des Eigenthümers, jeden Andern von dem Besitze seiner Sache auszuschließen, ist auch das Recht verbunden, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigenthumsklage gerichtlich zu fordern.

Der Code Napoléon, soweit er die Eigenthumsklage bei beweglichen Sachen zuläßt, sagt:

Néanmoins celui, qui a perdu ou auquel a été volé une chose (meuble), peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui, dans les mains duquel il la trouve. Art. 2279.

Bezüglich unbeweglicher Sachen bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen der Vindikation.

Zweiter Titel.

Der Entschädigungsanspruch.

Schaden im Allgemeinen ist jede Verschlechterung der rechtlichen oder thatsächlichen Verhältnisse einer Person.

In diesem ganz allgemeinen Sinne definirt das A. L. R. den Begriff Schaden 1. 6.:

§. 1. Schade heißt jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit, oder Ehre, oder seines Vermögens.

und das O. G. B.:

§. 1293. Schade heißt jeder Nachtheil, welcher Jemandem am Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden.

In diesem allgemeinen Sinn fällt jedes Vorhandensein einer widerrechtlichen Lage der Dinge unter den Begriff Schaden, also auch, wenn daraus nur ein Anspruch auf Restitution entsteht.

Daher sagt das A. L. R. 1. 6.:

§. 79. Wenn ein Schade geschehen ist, so muß Alles so viel als möglich wieder in den Zustand gesetzt werden, welcher vor der Anrichtung des Schadens vorhanden war.

und das O. G. B.:

Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muß Alles in den vorigen Stand zurückversetzt werden. §. 1323.

In einem engeren Sinne ist jedoch unter Schaden nur die nach Geld zu schätzende Verringerung des Vermögens, welche durch einfache Wiederherstellung des rechtlichen Zustandes nicht zu beseitigen ist, zu verstehen.

Soweit aus einem solchen Schaden ein Anspruch entsteht, geht er daher nicht auf Restitution, sondern auf Entschädigung, d. h. auf Vergütung des Vermögensverlustes.

In diesem Sinne sagt das Römische Recht:

damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt. l. 3. D. 39. 2.

nam ibi (in lege Aquilia) principaliter de damno agitur. l. 7. §. 1. D. 47. 10.

und das A. L. R. 1. 6.:

§. 80. Kann durch diese Wiedererstattung der Beleidigte nicht hinreichend entschädigt werden, so muß der Beschädiger ihm das davon noch Fehlende anderweitig vergüten.

§. 81. Ein Gleiches muß geschehen, wenn die Erstattung unmöglich ist.

und das O. G. B.:

oder wenn dieses (die Zurückversetzung in den vorigen

Stand) nicht thunlich ist, der Schätzungswerth vergütet werden. §. 1323.

In demselben Sinne wird im Code Napoléon das Wort dommage verstanden. Art. 1382.

Das erste allgemeine Gesetz bezüglich des hier in Rede stehenden Entschädigungsanspruches war im Römischen Recht die lex Aquilia:

> lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit. l. 1. pr. D. 9. 2.

Es war aber damals die Rechtswissenschaft noch nicht so weit entwickelt, daß es schon gelungen wäre, einen allgemeinen Grundsatz rein auszusprechen. Es wurden vielmehr durch die lex Aquilia nur einzelne besonders hervortretende Fälle, bezüglich deren das Bedürfniß einer gesetzlichen Bestimmung fühlbar wurde, entschieden, und erst durch den Prätor und die Rechtswissenschaft wurde die Mangelhaftigkeit des Gesetzes behoben, und zwar in der Weise, daß man auch in den Fällen, welche im Gesetz nicht erwähnt waren, welche aber nach dem dem Gesetze zu Grunde liegenden Prinzipe als gleichartig erschienen, eine Klage zuließ:

> et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet praetor in eo, quod legi deest; quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae; idque utilitas ejus legis exigit. l. 11. D. 19. 5.

Die neueren Gesetzbücher gehen von allgemeinen Grundsätzen aus und wenden sie dann theilweise auf einzelne Fälle an.

Das A. L. R. thut dies im 6. Titel des 1. Theils.

Es handelt jedoch in diesem Titel nicht ausschließlich von dem in Rede stehenden Anspruch, sondern stellt daselbst auch die allgemeinen Grundsätze bezüglich aller Arten von Entschädigungsansprüchen auf.

Bezüglich der Entschädigungsansprüche aus Verträgen verweist es zwar ausdrücklich auf die Bestimmungen des fünften Titels, §. 17. 1. 6., und auch einzelne andere Titel enthalten Vorschriften über die Entschädigungsansprüche, die unter Voraussetzung bestimmter Rechtsverhältnisse hervortreten, §. 17. 1. 16. Soweit jedoch die besonderen Vorschriften nicht ausreichen, ist auf die allgemeinen Vorschriften des 6. Titels zurückzugehen. Einzig und allein deshalb, weil im 6. Titel die allgemeinen Grundsätze bezüglich aller Arten von Entschädigungsansprüchen aufgestellt werden, wird daselbst auch von Schäden, die durch Unterlassung bewirkt worden, §. 2, von Unterlassung einer Zwangspflicht, §. 9, gehandelt; keineswegs aber verordnet das A. L. R., wie Koch annimmt, l. 247, daß

außerhalb bestimmter Rechtsverhältnisse auch ein Nichtthun zu vertreten sei.

Der von Koch erörterte Fall, wenn ein fremdes Thier durch Zufall in einem umschlossenen Raum eingeschlossen wird und umkommt, weil der Eigenthümer des Raumes nicht rechtzeitig nach dem Verlangen des Eigenthümers des Thieres den Raum öffnet, fällt nach dem A. L. R. unter keinen anderen rechtlichen Gesichtspunkt als nach Römischem Recht.

Das O. G. B. handelt in gleicher Weise in dem Hauptstück von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugthuung ganz allgemein von allen Arten der Entschädigungsansprüche,

> der Schade mag durch Uebertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. §. 1295.

und ebendeshalb spricht es von:

> widerrechtlicher Handlung oder Unterlassung. §. 1294.

Der Code Napoléon handelt unter dem Gesichtspunkt:

> des engagemens, qui se forment sans convention,

von den:

> engagements, qui naissent d'un fait personnel à celui, qui se trouve obligé. Art. 1370.,

und unter diesem Gesichtspunkt speziell von den:

> engagements qui résultent des délits.

Die Bestimmung:

> Art. 1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

hat nicht den Sinn:

> auch ein Nichtthun für sich allein mache verantwortlich,

sondern es ist damit gemeint:

> nicht nur der unmittelbar durch eine Handlung, sondern auch der mittelbar durch négligence oder imprudence des Handelnden verursachte Schaden müsse vertreten werden.

Der wesentlichste Gesichtspunkt bei allen Arten von Entschädigungsansprüchen ist die Frage nach der Zurechnung des Schadens.

Um diese Frage richtig zu beantworten, müssen zweierlei Gesichtspunkte von einander unterschieden werden, nämlich:

1) in welchen Fällen ist eine Person verpflichtet, den einer andern Person entstandenen Schaden zu vergüten?
2) Wie ist der Schaden zum Zwecke der Vergütung zu schätzen.

Erste Abtheilung.

Zurechnung des Schadens.

Allgemeine Grundsätze.

Die Beantwortung der Frage nach der Zurechnung des Schadens ist aus zwei Gründen eine schwierige.

Der eine Grund liegt in der Sache selbst.

Die beschädigende Handlung tritt oft nur als eine mitwirkende Kraft in einen vorhandenen Zustand, in welchem von allen Seiten her die mannigfaltigsten Kräfte thätig sind, und es ist bei dem Zusammenwirken mehrerer Kräfte meistens schwierig zu bestimmen, inwieweit ein hervortretendes Resultat grade dieser oder jener Kraft zuzuschreiben ist. Es kann also mitunter schwierig sein, zu ermitteln, in wieweit ein vorhandener Schaden als die Folge einer bestimmten Handlung anzusehen ist.

Der zweite Grund liegt in einer unrichtigen Behandlung der Sache.

In den Gesetzbüchern sind im Wesentlichen die richtigen Grundsätze ausgesprochen. Soweit es sich also um Auslegung und Anwendung des Gesetzes handelt, hat man sich einfach an die Bestimmung des Gesetzes zu halten. Dies geschieht aber häufig nicht, sondern man geht bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes von allgemeinen abstrakten, ohne weitere Prüfung als richtig angenommenenen, Sätzen aus, oder, was am Ende noch schlimmer ist, von zufälligen subjektiven Ansichten. Anstatt also das Gesetz auszulegen, legt man willkürliche und subjektive Grundsätze in das Gesetz hinein. Eine Folge davon ist, daß das Gesetz nicht nur auf das Widersprechendste ausgelegt wird, sondern daß theilweise gleichzeitig sich unmittelbar widersprechende Ansichten ausgesprochen werden.

In gleicher Weise verfährt man bei der Beurtheilung der gesetzlichen Bestimmungen. Anstatt nach dem Prinzip zu forschen, auf welchem die gesetzlichen Bestimmungen beruhen, und danach zu prüfen, ob eine einzelne gesetzliche Bestimmung diesem Prinzipe entsprechend gefaßt ist, kritisirt man vielmehr das Gesetz nach willkürlicher subjektiver Ansicht; die subjektive Ansicht aber unterwirft man keiner weitern Kritik. Es kann daher nicht ausbleiben, daß die widersprechendsten Urtheile über das Gesetz zu Tage kommen.

Eine Lösung dieser Widersprüche und ein richtiges Verständniß des Gesetzes ist nur zu ermöglichen, wenn ein klares Bewußtsein über das Prinzip, auf welchem die gesetzlichen Bestimmungen beruhen, gewonnen wird. Dies soll in Nachstehendem versucht werden.

Es handelt sich hier um Zurechnung und zwar um Zurechnung eines Schadens, und speziell um die Frage:

Ob der einer Person entstandene Schaden einer andern Person zuzurechnen und diese also zur Entschädigung verpflichtet ist, oder ob der Beschädigte den Schaden zu tragen hat?

Diese Frage ist im Allgemeinen dahin zu beantworten:

Wer durch eine widerrechtliche Handlung einen Schaden verursacht, ist zur Entschädigung verpflichtet.

Allein dieser Satz hat eine wesentlich verschiedene Bedeutung, je nach dem Prinzip, von welchem ausgegangen wird:

1) Nach dem Prinzip des strengen Rechts wird die Handlung, wie sie äußerlich erscheint, zugerechnet.

Wenn also eine Handlung als Rechtsverletzung erscheint, wird sie als widerrechtliche Handlung, als Unrecht zugerechnet. Nur die Verletzung durch Zufall kann nicht zugerechnet werden.

Es ergeben sich hieraus die Sätze:

a) Jeder durch eine freiwillige widerrechtliche Handlung verursachte Schaden wird dem Handelnden zugerechnet.

b) Nur der Schaden, welcher Folge eines reinen Zufalls ist, kann nicht zugerechnet werden.

2) Nach dem Prinzip der Moralität ist der innere Willen entscheidend.

Es wird dem Handelnden von der That nur zugerechnet, was er wußte und wollte. Es wird ihm also die Handlung nur insofern als Unrecht zugerechnet, als er die Widerrechtlichkeit derselben kannte und wollte.

Es ergeben sich hieraus die Sätze:

a) Nur der durch eine freiwillige Handlung vorsätzlich verursachte Schaden wird dem Handelnden zugerechnet.

b) Dagegen kann nicht zugerechnet werden:

α) der Schaden, welcher Folge eines Zufalls ist, und

β) der durch eine freiwillige Handlung unvorsätzlich zugefügte Schaden.

3) Im wirklichen Recht werden die sich widersprechenden Ansichten in folgender Weise vermittelt:

a) Gemeinsam sind dem Prinzip des abstrakten Rechts und dem Prinzip der Moralität die Sätze:

α) Der Schaden, welcher Folge eines Zufalls ist, kann nicht zugerechnet werden.

β) Der durch eine freiwillige Handlung vorsätzlich zugefügte Schaden wird dem Handelnden zugerechnet.

Diese Sätze gelten daher auch im wirklichen Recht.

b) Direkt widersprechend dagegen sind die aus dem Prinzip des strengen Rechts und der Moralität folgenden Sätze bezüglich des durch eine freiwillige Handlung unvorsätzlich zugefügten Schadens.

Dieser Widerspruch wird im wirklichen Recht dadurch vermittelt, daß der Mensch, wie er gewöhnlich ist, zur Norm genommen wird.

Es wird der Grundsatz aufgestellt:

Jedermann ist verpflichtet auf seine Handlungen und deren Folgen diejenige Aufmerksamkeit zu verwenden, welche gewöhnlich darauf verwandt wird.

und demgemäß bestimmt:

1) Wer diese Aufmerksamkeit anwandte und dessenungeachtet unvorsätzlich durch eine widerrechtliche Handlung beschädigt, dem wird der Schaden nicht zugerechnet.
2) Wer aber diese Aufmerksamkeit nicht anwandte und in Folge dessen unvorsätzlich durch eine widerrechtliche Handlung beschädigt, dem wird der Schaden zugerechnet.

Es wird also die unvorsätzliche widerrechtliche Beschädigung unterschieden als:

schuldbare und schuldlose Beschädigung.

Es wird also entscheidend:

ob ein Verschulden vorliegt oder nicht?

Es ergeben sich daher im wirklichen Recht folgende Sätze:

1) Die widerrechtlich beschädigende Handlung wird dem Handelnden zugerechnet:
   a) wenn er den Schaden vorsätzlich verursachte;
   b) wenn er den Schaden durch ein Verschulden verursachte.
2) Dagegen wird ein Schaden nicht zugerechnet:
   a) wenn der Schaden Folge eines Zufalls,
   b) oder Folge einer widerrechtlichen aber schuldlosen Handlung ist.

Der Zufall und die freiwillige schuldlose Handlung, obwohl an sich als Zufall und freiwillige Handlung einander entgegengesetzt, haben doch im vorliegenden Fall dieselbe rechtliche Wirkung.

Wird nun die beschädigende Handlung näher ins Auge gefaßt, so ergeben sich folgende Unterschiede:

1) Die Handlung ist eine solche, welche nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge den Schaden bewirkt, welcher daraus wirklich entstanden ist. Ich werde diese Art der Handlungen die „absolut schädliche Handlung“ nennen.

Eine absolut schädliche Handlung wird dem Handelnden immer zugerechnet. Denn daß eine Handlung, welche nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge einen bestimmten Schaden

bewirkt, diesen Schaden im konkreten Falle bewirken werde, mußte dem Handelnden bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit bekannt sein.

2) Die Handlung kann eine solche sein, welche nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge den Schaden, welcher daraus entstanden ist, nicht verursacht. Es ist aber ein Schaden entstanden, weil irgend ein besonderer ungewöhnlicher Umstand vorhanden ist, aus dessen Zusammentreffen mit der Handlung der Schaden entstanden ist. Ich nenne diese Art der Handlung die „individuell schädliche Handlung". Die individuell schädliche Handlung wird dem Handelnden in dem Falle zugerechnet, wenn dem Handelnden das Vorhandensein dieses besonderen Umstandes und daß aus dem Zusammentreffen mit der Handlung der Schaden entstehen werde, bekannt war oder bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit bekannt sein konnte.

War dagegen dem Handelnden das Vorhandensein des besonderen Umstandes und daß aus dessen Zusammentreffen mit der Handlung der Schaden entstehen werde, ungeachtet der Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit unbekannt geblieben, so wird ihm der aus der Handlung entstehende Schaden nicht zugerechnet.

3) Es kann endlich eine Handlung weder absolut noch individuell schädlich sein. Sie hat aber im konkreten Falle einen Schaden verursacht, weil irgend ein der Handlung fremdes Ereigniß, ein Zufall, hinzugetreten ist. Ich nenne diese Art der Handlung die „zufällig schädlich gewordene Handlung".

Was diese Art der Handlung anbelangt, so ist zwar die Voraussicht eines Zufalles unmöglich; dagegen ist eine gewisse Vorsicht, d. h. Berücksichtigung möglicher Zufälle nicht nur möglich, sondern im gewöhnlichen Leben gewöhnlich. Es gehört zur gewöhnlichen Aufmerksamkeit, namentlich bei gefährlichen Handlungen, die gewöhnliche Vorsicht anzuwenden. Es gilt deshalb bezüglich der zufällig schädlich gewordenen Handlung der Satz:

> Wenn eine Handlung durch das Hinzutreten eines Zufalles schädlich geworden ist, so wird sie dem Handelnden zugerechnet, wenn der Schaden in Folge der Verabsäumung der gewöhnlichen Vorsichtsmaaßregeln entstanden ist.

Vorstehendes kurz zusammengefaßt, ergiebt folgende Grundsätze:

1) Die absolut schädliche Handlung wird immer zugerechnet.
2) Die individuell schädliche und die zufällig schädlich gewordene Handlung wird zugerechnet, wenn durch Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit und gewöhnlichen Vorsicht der Schaden vermieden worden wäre.

Bei Anwendung der vorstehend erörterten allgemeinen Grundsätze tritt folgender Unterschied hervor:

Die widerrechtliche Handlung ist entweder unmittelbar eine Beschädigung eines körperlichen Gegenstandes des Vermögens, oder sie ist unmittelbar die Verletzung eines Rechts, aus welcher eine Vermögensverringerung entsteht.

Erste Unter-Abtheilung.

Die Beschädigung eines körperlichen Gegenstandes des Vermögens.

Die körperlichen Gegenstände des Vermögens einer Person sind die Sachen und der eigene Leib.

§. 231.

Wer widerrechtlich durch eine vorsätzliche oder schuldbare Handlung eine Sache oder den Leib einer Person beschädigt, ist zur Entschädigung verpflichtet.

Römisches Recht:

1) Die lex Aquilia erwähnte nur einzelne Weisen der Verletzung von Sachen, nämlich im ersten Kapitel:

qui servum servamve, alienum, alienamve, quadrupedem vel pecudem injuria occiderit. l. 2. pr. D. 9. 2.

und im dritten Kapitel:

Caeterarum rerum. praeter hominem et pecudes occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit. l. 27. §. 5. l. c.

Von dem Gesichtspunkt aus, daß es wesentlich darauf ankomme, daß der Schaden eine Vermögensverringerung sei, nahm man an:

2) Wenn die unter die lex Aquilia fallende Weise der Beschädigung nicht als Vermögensverringerung erschien, so fiel der Anspruch fort:

si puerum quis castraverit et pretiosiorem fecerit, cessare Aquiliam. l. 27. §. 28. l. c.

si nullo servum pretio viliorem deterioremve fecerit, Aquilia cessat; . . . Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur. l. 27. §. 17. l. c.

3) Andererseits wurde die Klage zugelassen, wenn eine in der lex Aquilia nicht speziell hervorgehobene Beschädigung vorlag, welche als eine Vermögensverringerung erschien:

in damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio. l. 33. §. 1. l. c.

namentlich also:

si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit,

non videtur damnum injuria dare (nämlich nach den Worten der lex Aquilia); ideoque utilis danda est actio. l. 30. §. 2. l. c.

si quis milium vel frumentum meum effuderit in flumen. l. 27. §. 19. l. c.

si quis frumento arenam vel aliud (quid) immiscuit, ut difficilis separatio sit. l. 27. §. 20. l. c.

Die lex Aquilia erwähnt ferner nur den Fall, wenn eine Sache beschädigt wurde:

qui servum, servamve, quadrupedem vel pecudem, occiderit. l. 2. pr. l. c.

Caeterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit. l. 27. § 5. l. c.

Durch Interpretation wurde auch der Fall unter die lex Aquilia gestellt, wenn Jemand den Leib beschädigte. Wenngleich der Grundsatz galt:

liberum corpus nullam recipit aestimationem. l. 7. l. 1. §. 5. D. 9. 3. l. 3. D. 9. 1.

so konnte doch der anderweit aus der Verletzung des Leibes entstehende Vermögensverlust geschätzt werden. Deshalb heißt es:

liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem; directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. l. 13. pr. D. 9 2.

Den Fall:

si quis mentem alicujus medicamento, aliove quo alienaverit. l 15. pr. D. 47. 10.

bringt das Römische Recht unter den Gesichtspunkt der actio injuriarum.

Es wird auch erörtert, wem in Folge der Beschädigung einer Sache ein Anspruch zusteht. Ursprünglich hatte nur der dominus einen Anspruch. l. 2. pr. l. 27. §. 5. D 9. 2.

Später wurden dem Eigenthum die dinglichen Rechte an Sachen gleichgestellt. Daher heißt es:

a) bezüglich des usufructuars:

danda est ad exemplum legis Aquiliae actio pro portione ususfructus. l. 12. l. c.

b) bezüglich des usuars:

an fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Julianus tractat. Et ego puto melius, utile judicium ex hac causa dandum. l. 11. §. 10. l. c.

c) bezüglich des Pfandgläubigers:

creditor usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem. l. 30. §. 1. l. 17. pr. l. c.

d) Endlich wurde dem Eigenthümer der bonae-fidei possessor gleichgestellt:

. bonae fidei possessori in factum actione tenebitur. l. 17. pr. l. c.

si servus bona fide alicui serviat, an ei competit Aquiliae actio? et magis in factum (actio) erit danda. l. 11. §. 8. l. c.

Das A. L. R. hebt hervor 1. 6.:

die Beschädigungen an Sachen, §. 82.

die Beschädigungen an der Person, §. 98.

die Verunstaltung, namentlich einer unverheiratheten Frauensperson, §. 123.

Wem in Folge eines Schadens ein Anspruch zusteht, darüber läßt es sich speziell nicht aus.

Der:

§. 8. Wer Jemanden ohne Recht Schaden zufügt, der kränkt oder beleidigt denselben.

handelt ganz allgemein von Entschädigungsansprüchen überhaupt, nicht ausschließlich von den Rechtsverletzungen außerhalb bestimmter Rechtsverhältnisse.

Es kann also aus ihm nicht (wie Koch thut III. 970.) gefolgert werden, es genüge nach dem A. L. R. zur Aquilischen Klage auch ein bloß persönliches Recht.

Ein bloß persönliches Recht kann nur von dem persönlich Verpflichteten verletzt werden, nämlich durch Nichterfüllung der Verpflichtung. Ein Anderer befindet sich gar nicht in der Lage, es verletzen zu können. Ein Anderer kann nur den persönlich Berechtigten an der Ausübung seines Rechts oder den persönlich Verpflichteten an der Erfüllung seiner Verpflichtung verhindern. Wieweit in solchen Fällen ein Anspruch gegen diesen Andern entsteht, das ist nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, nämlich danach, ob in der Verhinderung eine Rechtsverletzung gegen den Verhinderten liegt.

Das O. G. B. hebt hervor:

Verletzungen an dem Körper, §. 1325.,

namentlich Verunstaltungen. §. 1326.

Verletzungen an dem Vermögen, §. 1331.,

namentlich an Sachen, §. 1332.

Darüber, wem in Folge des Schadens ein Anspruch zusteht, enthält es keine spezielle Bestimmung.

Der Code Napoléon sagt:

fait, qui cause à autrui un dommage. Art. 1382.

4) Die Beschädigung muß eine vorsätzliche oder schuldbare sein.

Die lex Aquilia brauchte nur den Ausdruck:

injuria. l. 2. pr. l. 27. §. 5. D. 9. 2.

Darunter war zunächst eine widerrechtliche Handlung zu verstehen:

injuriam autem hic accipere nos oportet, quod non jure factum est, hoc est contra jus. l. 5. §. 1. l. c.

nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet. l. 151. D. 50. 17.

non enim sufficit occisum, sed oportet injuria id esse factum. l. 3. D. 9. 2.

Demnächst aber verstand man unter injuria nur ein damnum culpa datum:

injuriam hic damnum accipiemus culpa datum. l. 5. §. 1. l. c.

Injuriam autem hic accipere nos oportet, quod non jure factum, hoc est contra jus, id est si culpa quis occiderit. eod. l. c.

d. h. den dolus, data opera. l. 9. §. 4. l. c. und culpa im engeren Sinne:

in hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur. l. 30. §. 3. l. c.

damnum culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit. l. 5. §. 1. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 6.:

Wer einen Andern aus Vorsatz oder Versehen beleidigt. §. 10. sq.

Das O. G. B. sagt:

§. 1294. Der Schade entspringt entweder aus einer widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung eines Andern oder aus einem Zufalle.

Die willkürliche Beschädigung gründet sich theils in einer bösen Absicht, wenn der Schade mit Wissen und Willen, theils in einem Versehen . . . Beides wird ein Verschulden genannt

Der Code Napoléon sagt:

par la faute. Art. 1382.

§. 232.

Ein Verschulden liegt vor, wenn Jemand aus Mangel der gewöhnlichen Aufmerksamkeit oder durch Unterlassung der gewöhnlichen Vorsichtsmaaßregeln beschädigt.

Im Römischen Recht entwickelte sich die Lehre von der Zurechnung erst nach und nach.

Ursprünglich sah man nur darauf, ob der Zusammenhang zwischen der injuria und dem damnum ein äußerlich wahrnehmbarer

sei, d. h. der Schaden mußte unmittelbar durch eine Leibeshandlung des Verletzenden zugefügt sein: suo corpore, suis manibus. l. 9. pr. l. c. §. 16. J. 4. 3. l. 1. §. 7. D. 9. 1. und durch diese Handlung mußte ein Körper, Gegenstand, unmittelbar verletzt sein: corpus laesum. §. 16. J. 4. 3.

Daher sagt Julian:

occidisse dicitur vulgo (d. h. nach dem zur Zeit Julians üblichem Sprachgebrauch), qui mortis causam quolibet modo praebuit, sed lege Aquilia (d. h. nach der Auffassungsweise bei Abfassung der lex Aquilia) is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset. l. 51. pr. D. 9. 2.

und Ulpian:

Item si obstetrix medicamentum dederit, et inde mulier perierit, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse. l. 9. pr. D. l. c.

Bei weiter fortschreitender Bildung mußte sich das Unzureichende einer so rein äußerlichen Auffassungsweise bald bemerklich machen. Man mußte wahrnehmen, daß es Fälle gäbe, wo zwar nicht corpore corpori der Schaden zugefügt worden, wo aber doch eine widerrechtliche zuzurechnende Handlung vorlag. Man kam daher bald dahin, an Stelle der äußern Erscheinung den Begriff der Zurechnung zu setzen. Man sah als entscheidend an:

ob die Handlung die Ursache des Schadens (causa damni) sei.

Die actio legis Aquiliae blieb zwar auf den Fall, wenn corpore corpori der Schaden zugefügt war, beschränkt, allein man gab für die übrigen Fälle, wo die Handlung als causa damni erschien, eine actio in factum. Daher sagt Ulpian in dem zuletzt gedachten Falle:

sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam; quae sententia vera est, magis enim causam mortis praestitit, quam occidit. eod. l. c. l. 7. §. 6. l. 9. §. 2. l. 49. pr. l. 53. l. c.

und in den Institutionen heißt es:

sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri. §. 16. J. 4. 3.

Man gab daher auch eine Klage gegen den Gehülfen:

si alius tenuit, alius interemit, is, qui tenuit, quasi causam mortis praebuit, in factum actione tenetur. l. 11. §. 1. D. 9. 2.

und gegen den, welcher mittelbar durch einen Andern beschädigt:

si quis alterius impulsu damnum dederit . . . in

factum actio erit danda in eum, qui impulit. l. 7. §. 3. l. c.

Erst nachdem in dieser Weise der Begriff der Zurechnung erkannt worden, führte die weiter fortschreitende Bildung dahin, auf das Moment der subjektiven Verschuldung (culpa) näher zu reflektiren. Es mochte namentlich die bezüglich der Kontrakte vorzugsweise zur Ausbildung kommende Lehre von der culpa nicht ohne Einfluß sein. Man erkannte, daß eine causa damni nicht immer zugleich eine culpa enthielt, man verließ die abstraktrechtliche Anschauungsweise und ließ Zurechnung nur dann eintreten, wenn dem Handelnden eine culpa zur Last fiel. Das war immer der Fall, wenn der Handelnde vorsätzlich beschädigte und, nach den Umständen, wenn der Handelnde unvorsätzlich beschädigte (damnum culpa datum ab eo, qui nocere noluit. l. 5. §. 1. l. c.) Es war also nun entscheidend, ob die verletzende Handlung eine schuldbare (culpa) war. Daher heißt es:

si culpa quis occiderit. l. 5. §. 1. l. c.
si culpa eorum factum sit. l. 29. §. 2. l. c.
si culpa nautarum factum esset. l. 29. §. 3. 4. l. c.
si equitis culpa id factum esset. l. 57. l. c.
si culpa hominis factum esset. l. 52. §. 3. l. c.

Es ergab sich demnächst das Bedürfniß, den nur unbestimmt aufgefaßten Begriff der culpa näher zu bestimmen, zu präzisiren. Daß bei dem Versuch dies zu thun, nicht sofort die richtige Ansicht aufgestellt wurde, liegt in der Natur der Sache und ebenso, daß sich verschiedene Ansichten geltend machten.

Das Verständniß des Römischen Rechts wird deshalb gewiß dadurch, daß man sich bemüht, alle einzelnen Stellen auf dasselbe Prinzip zurückzuführen und als mit einander völlig im Einklang stehend nachzuweisen, weniger gefördert, als durch das Streben, sich klar zu machen, wie in den einzelnen Stellen die Ansicht des strengen Rechts oder die Ansicht des wirklichen Rechts mehr hervortritt.

Von letzterem Gesichtspunkt aus werde ich einzelne Stellen erörtern.

a) Stellen, in welchen die Hinneigung zur abstraktrechtlichen Ansicht hervortritt, sind vorzugsweise:

1) die bekannte Stelle:

in lege Aquilia et levissima culpa venit. l. 44. pr. D. 9. 2.

Denn wenn Ulpian anstatt des üblichen Ausdruckes culpa oder culpa levis sich des ungewöhnlichen Ausdrucks culpa levissima bedient, so sprechen eben schon die Worte dafür, daß hier etwas Anderes gemeint ist, als man gewöhnlich unter culpa levis versteht, wenn auch zuzugeben ist, daß Ulpian nicht beabsichtigte, durch den

Ausdruck culpa levissima eine bestimmte besondere Art, einen besonderen Grad der culpa zu bezeichnen. Er sagt nur unbestimmt:

Auch wenn nur die allergeringste Schuld vorhanden ist, soll die verletzende Handlung als Unrecht zugerechnet werden.

2) Die Hinneigung zur abstrakt rechtlichen Ansicht tritt demnächst in den Stellen hervor, in welchen die Freiwilligkeit der Handlung als Merkmal der Zurechnung angegeben wird, z. B.:

Aquilia locum habet; fuit enim in ipsius arbitrio, ita se non onerare. l. 7. §. 2. l. c.

si muliones, qui superius plaustrum sustinuissent, sua sponte se subduxissent, cum hominibus, qui conversum plaustrum sustinuissent, lege Aquilia agi posse; nam nihilominus eum damnum dare, qui, quod sustineret, mitteret sua voluntate ut id aliquem feriret. l. 52. §. 2. l. c.

3) endlich die Stelle:

si quis servum aegrotum leviter percusserit, et is obierit, recte Labeo dicit, lege Aquilia eum teneri, quia aliud alii mortiferum esse solet. l. 7. §. 5. l. c.

indem hier die nur individuell schädliche Handlung der absolut schädlichen gleichgestellt und nur auf den Erfolg gesehen wird.

An einer andern Stelle heißt es, anscheinend im entgegengesetzten Sinne:

et ita Labeo probat; etenim multum interesse, quod ad Aquiliam pertinet, sanum quis hominem occidat, an vero factum imbecilliorem. l. 24. §. 5. D. 39. 2.

b) Andere Stellen schließen sich mehr der Ansicht des wirklichen Rechts an, indem sie eine gewisse Norm aufstellen, nach welcher zu entscheiden ist, ob eine culpa vorhanden ist.

1) Als solche Norm wird angegeben das justum, das rechte, richtige, angemessene:

si quis plus justo oneratus . . si plus justo se oneraverit. l. 7. §. 2. D. 9. 2.

si mulum plus justo oneraverit. l. 27. §. 23. l. c.

si plus justo onerata quadrupes. l. 1. §. 4. D. 9. 1.

nimia saevitia culpae adsignatur. l. 6. D. 9. 2.

2) Achtsamkeit und Umsicht:

si negligentius per lubricum transerit. l. 7. §. 2. l. c.

si negligens in eligendis ministeriis. l. 27. §. 9. l. c.

qui negligenter custodiit. eod. l. c.

Negligentia ist hier Unachtsamkeit bei Vornahme der Handlung:

si in potestate nautarum fuit, ne id accideret. l. 29.

§. 2. l. c. im Gegensatz gegen: tanta vis, quae temperari non potuit. l. 29. §. 4. l. c.

3) Am meisten entwickelt und am bestimmtesten ausgesprochen wurde die Ansicht des wirklichen Rechts bei Betrachtung der zufällig schädlich gewordenen Handlung.

Die Handlung erschien in diesem Falle nicht als causa damni, sondern als occasio damni. Aber ohne die occasio wäre doch das damnum nicht eingetreten. Man stellte daher den Grundsatz auf:

et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur. l. 30. §. 3. l. c.

Wie es aber zur Begründung des Anspruchs nicht ausreichte, wenn eine Handlung als causa damni erschien, sondern auch noch culpa hinzutreten mußte, so mußte auch zur occasio noch eine culpa hinzukommen.

Die culpa bestand in einem solchen Falle in der Nichtbeachtung der möglichen schädlichen Folgen einer für sich allein unschädlichen Handlung.

Man verpflichtete aber nicht unbedingt, alle möglichen schädlichen Folgen der Handlung zu berücksichtigen, sondern man verpflichtete nur zur Anwendung der gewöhnlichen Vorsichtsmaßregeln. Hatte Jemand die gewöhnlichen Vorsichtsmaaßregeln anzuwenden unterlassen, und die Handlung wurde dadurch schädlich, so wurde ihm die Beschädigung zugerechnet, entgegengesetzten Falles nicht.

In diesem Sinne sagt Ulpian:

Si fornacarius servus coloni ad fornacem obdormisset, et villa fuerit exusta . . . puto utilem competere actionem tam in eum, qui ad fornacem obdormivet, quam . . . Nec quisquam dixerit in eo, qui obdormivit, rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere, vel ita munire, ne evagetur. l. 27. §. 9. l. c.

denn diese Maßregeln zu ergreifen, erfordert die gewöhnliche Um- und Vorsicht

Ulpian erörtert ferner den Fall:

Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa, in tonsoris manus eam dejecerit, et sic servi, quem tonsor radebat, gula sit praecisa, adjecto cultello, in quocunque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri.

Proculus, in tonsore esse culpam.

Diesen unbedingten Ausspruch des Proculus kritisirt Ulpian Er sagt:

Et sane: si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludeba-

tur, vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur.

denn die gewöhnliche Vorsicht erforderte, an einem solchen Ort nicht zu rasiren.

Andererseits erforderte aber auch die gewöhnliche Vorsicht, sich an einem solchen Ort nicht rasiren zu lassen. Daher fährt Ulpian fort:

quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere. l. 11. pr. l. c.

Man stellte namentlich denjenigen, welcher die gewöhnlichen Vorsichtsmaßregeln anzuwenden unterließ, demjenigen gleich, welcher von Haus aus unmittelbar widerrechtlich handelte. Widerrechtlich war z. B. die Handlung:

si laqueos eo loco posuisses, quo jus ponendi non haberes. l. 29. pr. l. c.

Nun erörtert Paulus den Fall:

qui foveas ursorum cervorumve capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt, lege Aquilia obligati sunt (denn die gewöhnliche Vorsicht gebietet, dies auf Wegen nicht zu thun); at si in aliis locis, ubi fieri solent (wo dies gewöhnlich zu geschehen pflegt), fecerunt, nihil tenentur. l. 28. pr. l. c.

Ein anderer Fall ist dieser:

si quis insulam voluerit meam exurere, et ignis etiam ad vicini insulam pervenerit, Aquilia tenebitur etiam vicino. l. 27. §. 8. l. c.

denn die Handlung war von Haus aus eine widerrechtliche.

Paulus erörtert nun den analogen Fall, wo die Handlung von Haus aus nicht widerrechtlich war:

si quis in stipulam suam vel spinam comburendae ejus causa ignem immiserit (also etwas Erlaubtes vornehmend) et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus,

num imperitia ejus aut negligentia id accidit;

nam si die ventoso id fecit (also unter Umständen, wo die Vorsicht gebietet, es nicht zu thun), culpae reus est. In eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet.

Hatte dagegen Jemand die gewöhnliche Vorsicht angewendet und es entstand ein Schaden nur dadurch, daß ein ungewöhnliches, also nicht vorauszusetzendes, Ereigniß hinzutrat, so war er frei von Verschulden:

at si omnia, quae oportuit, observavit, vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa. l. 30. §. 3. l. c.

In diesem Sinne wird auch gesagt:

Ea, quae raro accidunt, non temere in agendis negotiis computantur. l. 64. D. 50. 17.

Es ist also keineswegs, wie Koch meint I. 190., die Unterscheidung zwischen casus solitus und insolitus ganz unbestimmt, ohne allen Einfluß auf das Recht und daher völlig müßig.

Am bestimmtesten wird endlich die richtige Ansicht von Paulus ausgesprochen, indem er zur Norm nimmt die Vorsicht eines aufmerksamen Menschen:

si putator ex arbore ramum cum dejiceret, vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamavit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi;

culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitare non possit.

Nun giebt Paulus seine Meinung dahin an:

secundum quam rationem (d. h. nach dieser Begriffsbestimmung der culpa), non multum refert, per publicum, an per privatum iter fieret; cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. l. 31. l. c. cf. l. 1. §. 2. D. 9. 3.

Nach Vorstehendem ist die Bemerkung der Revisoren:

„In unserem Vorbilde, dem Römischen Recht, treffen wir von solchen Eintheilungen und Unterscheidungen (nämlich zwischen absolut schädlichen und zufällig schädlich gewordenen Handlungen) keine Spur,"

unrichtig

Denn wenn diese Bemerkung auch bezüglich des Unterschiedes zwischen der absolut und individuell schädlichen Handlung zutreffen möchte, so ist sie doch irrig bezüglich der Unterscheidung zwischen diesen Handlungen und den zufällig schädlich gewordenen Handlungen. Gerade letztere Art der Handlungen wird, wie bemerklich gemacht worden ist, einer ganz speziellen Erörterung unterzogen. Nur die Bezeichnungen finden sich im Römischen Recht nicht, wohl aber der Unterschied, und zwar auch angedeutet durch die verschiedenen Worte causa und occasio damni. Darin aber das Römische Recht zum Vorbild zu nehmen, daß es keinen Unterschied macht zwischen absolut und individuell schädlichen Handlungen, heißt gegen die Grundsätze richtigen Denkens verstoßen.

Das A. L. R. enthält bezüglich der Zurechnung die richtigen Sätze I. 3.:

§. 16. Ein jeder ist schuldig, in den Geschäften des bürgerlichen Lebens Aufmerksamkeit anzuwenden, daß er den Gesetzen gemäß handele.

§. 17. Wer aus Mangel dieser Aufmerksamkeit wider die Gesetze handelt, der begeht ein Versehen.

§. 20. Ein mäßiges Versehen heißt dasjenige, welches bei einem gewöhnlichen Grade von Aufmerksamkeit vermieden werden konnte.

§. 21. Auch ein mäßiges Versehen muß verantwortet werden. und speziell bezüglich der Beschädigungen 1. 6.:

§. 12. Wer aus mäßigem Versehen den Andern durch eine Handlung oder Unterlassung beleidigt, der haftet rc.

Es enthält ferner eine ganz richtige Unterscheidung der Handlungen als absolut schädliche, individuell schädliche und zufällig schädlich gewordene.

Es handelt im Allgemeinen von den Folgen der Handlungen und bestimmt 1. 3.:

§. 4. Folgen, die aus einer Handlung an und für sich betrachtet nach dem natürlichen und gewöhnlichen Lauf der Dinge zu entstehen pflegen, heißen unmittelbar.

§. 5. Mittelbar heißen diejenigen Folgen, die nur aus der Verbindung der Handlung mit einem andern von derselben verschiedenen Ereigniß oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit entstanden sind.

Demnächst wiederholt es dieselbe Unterscheidung bezüglich der beschädigenden Handlungen, wenn nämlich ein Schaden die Folge einer Handlung ist.

Es sagt 1. 6.:

§. 2. Wird ein solcher Nachtheil durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt, so wird der Schade selbst unmittelbar genannt (absolut schädliche Handlung).

§. 3. Entsteht der Nachtheil zwar aus der Handlung oder Unterlassung, jedoch nur in Verbindung derselben mit einem andern von ihr verschiedenen Ereignisse (zufällig schädlich gewordene Handlung) oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder Sache (individuell schädliche Handlung), so ist ein mittelbarer Schaden vorhanden.

Es leuchtet ein, daß diese Unterscheidung nur auf die Ursache des Schadens zu beziehen ist, keineswegs auf die Folgen des Schadens (Schätzung des Schadens), wie die Revisoren in dem schon gedachten Citat anzunehmen scheinen.

Es verordnet demnächst das A. L. R. ganz richtig im 3. Titel bezüglich der absolut schädlichen Handlungen:

§. 7. Soweit eine Handlung frei ist, werden die unmittelbaren Folgen derselben dem Handelnden allemal zugerechnet.

Natürlich gilt dieser Satz auch, wenn ein Schaden die Folge einer Handlung ist.

Bezüglich der individuell schädlichen und zufällig schädlich gewordenen Handlungen enthält es ebenfalls die richtigen Grundsätze:

1) Es macht verantwortlich für die beabsichtigen Folgen, also auch für den beabsichtigten Schaden 1. 3.:

§. 8. Auch die mittelbaren Folgen muß der Handelnde, soweit er sie vorausgesehen hat, vertreten.

namentlich:

§. 12. Doch haftet der Handelnde für alle Folgen ohne Unterschied, die nach seiner Absicht aus der Handlung entstehen sollten.

2) Bezüglich der nicht beabsichtigten Folgen enthält es zunächst den allgemeinen Satz 1. 3.:

§. 9. Je größer die Pflicht ist, mit Aufmerksamkeit und Sachkenntniß zu handeln, desto größer ist auch die Verbindlichkeit, sich um die möglichen Folgen der Handlung zu bekümmern.

und demnächst:

§. 10. Mittelbare Folgen also, welche der Handelnde bei Anwendung der schuldigen Aufmerksamkeit und Sachkenntniß voraussehen konnte, müssen von ihm vertreten werden.

und im Gegensatz dazu:

§. 6. Mittelbare Folgen, welche — nämlich durch Anwendung der schuldigen Aufmerksamkeit — nicht vorausgesehen werden konnten, werden für zufällig gehalten.

§. 11. Dagegen werden bloß zufällige Folgen einer Handlung dem Handelnden nicht zugerechnet.

Das O. G. B. enthält in gleicher Weise die richtigen Bestimmungen:

§. 1306. Den Schaden, welchen Jemand ohne Verschulden verursacht hat, ist er in der Regel zu ersetzen nicht schuldig.

§. 1295. Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern.

Die willkührliche Beschädigung gründet sich:

in einem Versehen, wenn der Schade aus schuldbarer Unwissenheit oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit oder des gehörigen Fleißes verursacht worden ist. §. 1294.

und endlich:

§. 1297. Es wird aber auch vermuthet, daß jeder, welcher den Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit fähig sei, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann.

Wer bei Handlungen, woraus eine Verkürzung der Rechte eines Andern entsteht, diesen Grad des Fleißes oder der Aufmerksamkeit unterläßt, macht sich eines Versehens schuldig.

Bezüglich der zufällig schädlich gewordenen Handlungen sagt es:

Hat Jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt, so haftet er für allen Nachtheil, welcher außerdem nicht erfolgt wäre. §. 1311.

Der richtige Sinn dieser Worte ist:

Wenn aus dem Zusammentreffen eines Verschuldens und eines Zufalls ein Schaden entsteht, so haftet der Schuldhabende für den Schaden, welcher ohne das Verschulden nicht eingetreten wäre, d. h. für den Schaden, welcher durch Anwendung der gewöhnlichen Vorsichtsmaaßregeln vermieden worden wäre.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1382. Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Den Begriff faute definirt es nicht weiter und sagt nur noch:

Art. 1383. Chacun est responsable de dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

das soll heißen:

Man ist nicht nur für den unmittelbar durch die Handlung verursachten Schaden verantwortlich, sondern auch für den mittelbar in Folge von négligence ou imprudence aus der Handlung entstehenden Schaden.

Unrichtige Ansichten.

Es sind schließlich einige unrichtige Ansichten zu beleuchten.

1) Koch definirt den reinen Zufall richtig dahin:

reiner Zufall ist alles das, was ohne menschliches Zuthun sich ereignet. I. 189.

Es steht also dem Zufall entgegen die willkührliche Handlung, also ebenso die schuldbare als die schuldfreie. Nun hat aber bezüglich der Zurechnung die schuldfreie Handlung dieselbe rechtliche Wirkung wie der Zufall, nämlich die Wirkung, Zurechnung auszuschließen. Diesen Gedanken drückt man verkehrter Weise so aus:

das Wort, der Begriff „Zufall" umfaßt den reinen Zufall und die schuldfreie Handlung.

In diesem Sinne sagt Koch I. 240.:

was bei Anwendung der Achtsamkeit eines solchen Mannes geschieht, ist Zufall,

und noch unpassender I. 258.:

es muß alles das, was nicht reiner Zufall ist, prästirt werden.

Das Römische Recht enthält eine solche verkehrte Ausdrucks-

weise nicht, sondern es gebraucht bezüglich der schuldfreien Handlungen die richtigen Wendungen:

caret culpa, culpa ab eo exigenda non est, nulla culpa ejus intelligitur, extra culpam est. l. 30. §. 3. l. 31. D. 9. 2. §§ 4. 5. J. 4. 3.

oder:

Aquilia cessat, non esse actionem. l. 9. §. 4. l. 52. §. 2. l. c.

Wenn es bezüglich einer Handlung casus und culpa in Gegensatz stellt, thut es dies nur in dem Sinne, um zu entscheiden, ob ein Zufall oder eine culpa als Ursache des Schadens anzusehen ist:

cum casu magis, quam culpa videretur factum. l. 52. §. 4. l. c.

ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur. §. 3. J. 4. 3.

In Folge der angegebenen Begriffsbestimmung des Wortes Zufall sagt Koch I. 235.:

dolus ist der Gegensatz von casus. Zwischen beiden steht ein anderer Begriff, der der culpa, in der Mitte.

Richtiger wird gesagt:

In der Mitte zwischen dolus und casus steht der Begriff der unvorsätzlichen Rechtsverletzung. Diese ist entweder eine schuldbare oder schuldfreie. Letztere wird gleich dem Zufall nicht als Unrecht zugerechnet.

Geradezu unrichtig aber ist es, wenn Koch sagt I. 238.:

Man versteht unter Versehen im Allgemeinen jede willkührliche widerrechtliche Handlung oder Unterlassung, deren rechtswidrige Folgen nicht beabsichtigt worden sind.

denn diese Worte definiren nicht den Begriff: Versehen, d. h. willkührliche s c h u l d b a r e Handlung, sondern den Begriff: u n v o r s ä t z l i c h e R e c h t s v e r l e t z u n g.

2) An Stelle des Unterschiedes zwischen der an sich erlaubten aber zufällig schädlich gewordenen Handlung und der an sich rechtswidrigen Handlung setzt Bornemann den Unterschied zwischen einer Handlung, wozu Jemand Kraft eines besonderen Rechts befugt ist, und einer Handlung, zu der Jemand nicht besonders berechtigt ist, die aber doch an und für sich zu den gesetzlich gemißbilligten nicht gehört. II. 309. 312.

Für erstere Art der Handlungen soll der Satz gelten:

daß dem Handelnden alle nachtheiligen Wirkungen zur Last fallen, welche, wenn er die erforderlichen Vorkehrungen getroffen hätte, verhütet worden wären. II. 311.

Für letztere Art der Handlungen dagegen der Satz:

Ohne Rücksicht auf den Grad der Verschuldung muß viel-

mehr derjenige, welcher eines vertretbaren Versehens sich schuldig gemacht hat, alle Nachwirkungen und zufälligen Folgen seiner Handlung tragen. II. 313.

Als Grund für beide Sätze giebt Bornemann an:

Der Handelnde sei causa damni, causa damni fortuiti. II. 311. 313.

Vorstehende Unterscheidungen sind unangemessen.

Eine Handlung, welche Jemand Kraft eines besonderen Rechts vornimmt, ist eine rechtmäßige Handlung, insofern sich Jemand innerhalb der Grenzen seines Rechts hält, jure suo utitur.

Dagegen wird auch eine solche Handlung eine injuria, wenn ein Schaden entsteht, weil die Folgen der Handlung die Grenzen des eigenen Rechts überschreiten. Diese Art der Rechtsverletzung steht der Rechtsverletzung durch jede andere Art von rechtsverletzenden Handlungen gleich, und allein entscheidend ist, ob dem Handelnden eine culpa trifft. Soweit ihn eine culpa trifft, wird ihm die Rechtsverletzung zugerechnet. Ein Unterschied liegt nur darin, daß bezüglich der zufällig schädlich gewordenen Handlung die culpa in Unterlassung der gewöhnlichen Vorsichtsmaaßregeln besteht, bezüglich der an sich rechtswidrigen Handlung aber in Unterlassung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit auf die Folgen der Handlung.

In ersterem Falle ist also der Schaden zu vertreten, welcher durch Anwendung der gewöhnlichen Vorsichtsmaaßregeln vermieden worden wäre, in letzterem Falle dagegen der Schaden, welcher durch Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit vermieden worden wäre.

Nur in ersterem Falle kann man von zufälligen Folgen, d. h. von Folgen, welche durch den Hinzutritt eines Zufalls bewirkt werden, sprechen. In letzterem Falle dagegen sind die wirklich zufälligen Folgen der Handlung nicht zu vertreten, sondern nur diejenigen Folgen, welche bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit vorausgesehen werden konnten.

Bornemann erkennt dies auch, wenn auch in sehr unbestimmter Weise, an, indem er sagt:

Aber freilich ist dabei immer erforderlich, daß der Thäter die Schädlichkeit der Handlung, welche causam damni gegeben, im Allgemeinen voraussehen konnte. II. 313.

denn wenn man sich unter den Schlußworten etwas Bestimmtes denken will, so kann es eben nur sein:

bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit voraussehen konnte.

§. 233.

Wer eine Handlung vornimmt, welche Sachkennt-

niß erfordert, muß den aus dem Mangel der Sachkenntniß folgenden Schaden vertreten, wenn er wußte oder bei Anwendung von gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen konnte, daß die Handlung Sachkenntniß erfordert.

Die Norm, welche darüber entscheidet, ob ein Verschulden vorhanden, ist in der Regel die gewöhnliche Aufmerksamkeit eines gewöhnlichen Menschen.

Gewisse Handlungen aber erfordern eine besondere, nicht gewöhnliche Sachkenntniß. Sie werden daher gewöhnlich nur von Sachverständigen vorgenommen.

Nimmt ein Sachverständiger eine solche Handlung vor, so muß er die gewöhnliche Aufmerksamkeit eines Sachverständigen vertreten.

Nimmt Jemand, welcher die nöthige Sachkenntniß nicht besitzt, eine solche Handlung vor, so trifft ihn ein Verschulden, wenn er weiß oder bei Anwendung von gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen konnte, daß die Handlung eine besondere Sachkenntniß erfordere. Er muß deshalb den aus dem Mangel der Sachkenntniß folgenden Schaden vertreten.

Diese Art des Versehens läßt eine doppelte Auffassung zu.

Man kann darauf Gewicht legen, daß die Aufmerksamkeit eines Sachverständigen weiter geht als die eines gewöhnlichen Menschen, und deshalb diese Art der Aufmerksamkeit als einen besonderen Grad der Aufmerksamkeit bezeichnen, also auch die Art des Verschuldens als einen besonderen Grad des Verschuldens.

Man kann aber auch von dem Gesichtspunkte ausgehen, daß allgemein nur die gewöhnliche Aufmerksamkeit anzuwenden ist, und zwar gewöhnlich die gewöhnliche Aufmerksamkeit eines gewöhnlichen Menschen, ausnahmsweise aber die gewöhnliche Aufmerksamkeit eines Sachverständigen, nämlich wenn der Handelnde wußte oder bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit eines gewöhnlichen Menschen wissen konnte, daß die Handlung Sachkenntniß erfordere. Man kann deshalb auch, weil der Grad der Anstrengung der Aufmerksamkeit in beiden Fällen derselbe ist, die Vertretung der Aufmerksamkeit eines Sachverständigen einfach unter den allgemeinen Begriff des Verschuldens stellen.

Letzteres ist die Anschauungsweise des Römischen Rechts.

Es läßt die actio legis Aquiliae zu:

1) wenn ein Sachverständiger ohne die gewöhnliche Aufmerksamkeit eines Sachverständigen handelt:

   si medicus servum imperite secuerit. l. 7. §. 8. D. 9. 2.

si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregerit. l. 27. §. 29. l. c.

si mulio per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit. l. 8. §. 1. l. c.

2) wenn Jemand schuldbarer Weise Handlungen, welche Sachkenntniß erfordern, vornimmt, ohne die nöthige Sachkenntniß zu besitzen:

imperitia quoque culpae adnumeratur. §. 7. J. 4. 3.

nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeratur, cum adfectare quisque non debeat, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram. l. 8. §. 1. D. 9. 2.

also beispielsweise:

qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam retinere non poterit. eod. l. c.

si male composuit lapides et ideo lapsi sunt. l. 27. §. 33. l. c.

Das O. G. B. enthält im Wesentlichen die richtigen Bestimmungen:

§. 1299. Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt, oder wer ohne Noth freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, giebt dadurch zu erkennen, daß er sich den nothwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue. Er muß daher den Mangel derselben vertreten.

Der Code Napoléon macht verantwortlich für négligence und imprudence. Art. 1383.

Die bezüglichen Bestimmungen des A. L. R. sind mißlungen. Eine Hauptveranlassung liegt darin, daß zwei gänzlich verschiedene Verhältnisse mit demselben Ausdruck „geringes Versehen" bezeichnet werden.

Das A. L. R. bezeichnet nämlich den Mangel der Aufmerksamkeit eines Sachverständigen durch den Ausdruck „geringes Versehen", indem es sagt I. 3.:

§. 22. Ein geringes Versehen ist dasjenige, welches nur bei vorzüglichen Fähigkeiten oder bei einer besonderen Kenntniß der Sache oder des Geschäfts vermieden werden konnte.

Es sagt dann aber noch weiter:

oder durch eine ungewöhnliche Anstrengung der Aufmerksamkeit.

Wenn in letzterem Sinne von Vertretung des geringen Versehens gesprochen wird, so kann man, wenn man sich etwas Bestimmtes dabei denken will, nur den Sinn annehmen:

es müssen alle Folgen der freiwilligen Handlung vertreten werden.

Denn versteht man jene Worte nicht in diesem Sinne, so fehlt es an jedem Maaß dafür, welche Folgen bei einer ungewöhnlichen Aufmerksamkeit vermieden werden konnten.

Die Veranlassung zu dieser Gleichstellung zweier verschiedener Verhältnisse liegt wohl darin, daß in beiden Fällen mehr vertreten wird, als gewöhnlich geschieht, wenn die gewöhnliche Aufmerksamkeit eines gewöhnlichen Menschen zur Norm genommen wird. Diese Gleichstellung aber ist deshalb eine ganz und gar unangemessene, weil dies „mehr" in beiden Fällen etwas durchaus Verschiedenes ist. Wenn nämlich die Aufmerksamkeit eines Sachverständigen zu vertreten ist, so sind nicht alle Folgen der Handlung zu vertreten, sondern nur diejenigen, welche durch Anwendung der Aufmerksamkeit eines Sachverständigen vermieden werden konnten. Es kann also in diesem Falle von Folgen der Handlung die Rede sein, welche nicht zu vertreten sind. Wenn aber alle Folgen einer Handlung zu vertreten sind, so ist eine solche Unterscheidung nicht möglich, denn es sind eben alle Folgen der Handlung zu vertreten. In einem solchen Falle ist also nur der reine Zufall nicht zuzurechnen.

Das A. L. R. enthält nun ferner zwar den an sich richtigen Satz 1. 3.:

§. 23. Ein geringes Versehen darf nur derjenige vertreten, welchen die Gesetze besonders verpflichten:
1) vorzügliche Fähigkeiten oder Kenntnisse,
2) oder eine mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit
bei einer Handlung anzuwenden.

allein die weiteren Bestimmungen sind verfehlt.

Die citirten Bestimmungen verweisen auf besondere Gesetze. Im 6. Titel wird aber wieder nur auf den 3. Titel hingewiesen, denn es heißt 1. 6.:

§. 15. In Fällen, wo auch ein geringes Versehen vertreten werden muß (Tit. III. §§. 22. 23.) haftet der Beschädiger.

Die Fälle, in welchen außerhalb bestimmter Rechtsverhältnisse ein geringes Versehen zu vertreten ist, sind also nicht bestimmt.

Demnächst enthält aber der 6. Titel noch folgende unrichtige Bestimmungen:

1) Es heißt 1. 6.:

§. 15. In Fällen, wo auch ein geringes Versehen vertreten werden muß, haftet der Beschädiger nur für den durch ein solches Versehen entstandenen unmittelbaren Schaden.

Dieser Paragraph leidet zunächst, wie alle Paragraphen, welche von geringem Versehen sprechen, an dem Mangel, daß man nicht sehen kann, ob Vertretung der Aufmerksamkeit eines Sachverständigen gemeint ist, oder Vertretung aller Folgen der Handlung.

Die Bestimmung selbst aber ist für beide Fälle unrichtig. Versteht man hier unter geringem Versehen das Versehen eines Sachverständigen, so ist der Sinn des Paragraphen dieser:

> Wenn das Versehen eines Sachverständigen zu vertreten ist, haftet man nur für den unmittelbaren Schaden, also nur für den nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge aus der Handlung folgenden Schaden.

Für diesen Schaden aber ist man immer verantwortlich, auch wenn man kein Sachverständiger ist. Außerdem haftet man aber auch für allen Schaden, welchen man durch Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit vermeiden konnte, und es fehlt an allem Grunde, denjenigen, welcher nicht bloß zur Anwendung von gewöhnlicher Aufmerksamkeit, sondern sogar zur Anwendung der Aufmerksamkeit eines Sachverständigen verpflichtet ist, für letzteren Schaden nicht verantwortlich zu machen. Es ist ein Verstoß gegen die Logik, den Schaden, welchen der gewöhnliche Mensch vertreten muß, deshalb nicht zuzurechnen, weil der Handelnde ein Sachkenner ist oder Sachkenntniß vertreten muß.

Versteht man aber unter geringem Versehen die Verhaftung für alle Folgen der Handlung, so ist der §. 15. geradezu widersinnig, denn dann wäre der Sinn dieser:

> In Fällen, wo man für alle Folgen verantwortlich ist, haftet man nur für den unmittelbaren Schaden, d. h. nur für den Schaden, welcher nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge zu entstehen pflegt, nicht auch für den anderweiten Schaden, welcher bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit vermieden werden konnte.

2) eine Folge der unklaren Bestimmung des sogenannten geringen Versehens ist es denn auch, daß nach dem A. L. R. bei Verletzungen der Personen anscheinend unbedingt, also ohne Rücksicht auf vertretbares Verschulden, für geringes Versehen verantwortlich gemacht wird. cf. §§. 235. 236.

3) Eine weitere Folge der unklaren Bestimmung des sogenannten geringen Versehens ist auch die Bestimmung des A. L. R. I. 16.:

> §. 13. Ist die Erfüllung einer unmittelbar aus dem Gesetze entspringenden Verbindlichkeit dem Verpflichteten auch nur durch ein geringes Versehen unmöglich geworden, so muß er den Berechtigten schadlos halten.

Wenn den Verpflichteten kein Verschulden trifft, kann er niemals zur Entschädigung verpflichtet werden, und es ist ganz gleichgültig, ob ein Vertrag oder anderer Umstand Ursache der Verpflichtung ist.

§. 234.

Wer die zur Verhütung von Schaden erlassenen obrigkeitlichen Anordnungen außer Acht läßt, haftet für den daraus folgenden Schaden.

In diesem Falle besteht das Verschulden in der Vernachlässigung der obrigkeitlich angeordneten Maaßregeln zum Schutz vor Gefahr.

Ein Beispiel enthält im Römischen Recht das Edictum de effusis et dejectis.

Es kommt dabei gar nicht darauf an, wer eigentlich den Schaden verursacht hat, sondern es wird ohne Weiteres angenommen:

culpa penes eum est, qui inhabitat. l. 1. §. 4. D. 9. 3.

Das A. L. R. sagt 1. 3.:

§. 13. Auch müssen die bloß zufälligen Folgen einer in den Gesetzen gemißbilligten Handlung insofern vertreten werden als der Zufall nur durch diese Handlung schädlich geworden.

und 1. 6.:

§. 16. Der aus einer Handlung entstandene zufällige Schaden darf nur alsdann vergütet werden, wenn die Handlung selbst wider ein Verbotsgesetz ist, oder wenn der Handelnde durch ein solches gesetzwidriges Verhalten in die Umstände, wodurch er zu der Handlung veranlaßt worden, sich selbst gesetzt hat.

§. 26. Insonderheit muß der, welcher ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz vernachlässigt, für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, ebenso haften, als wenn derselbe aus seiner Handlung unmittelbar entstanden wäre.

Das O. G. B. sagt:

Hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten, so haftet er für allen Nachtheil, welcher außerdem nicht erfolgt wäre. §. 1311.

Der Code Napoléon erwähnt diesen Fall nicht ausdrücklich.

Anmerkung. Trifft nach Vorstehendem Jemandem kein Verschulden, so haftet er nicht für den Schaden, also namentlich nicht, wenn er Alles beobachtet, wozu ihn das Gesetz speziell oder im Allgemeinen verpflichtet:

si omnia, quae oportuit, observavit, caret culpa. l. 30. §. 3. D. 9. 2.

natürlich aber bleibt er immer für dolus verantwortlich:

quodsi nullum iter erit, dolum duntaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem; nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit. l. 31. l. c

Dieser Grundsatz gilt namentlich auch, wenn Jemand an einem obrigkeitlich erlaubten Orte gefährliche Handlungen vornimmt.

sed si, cum alii in campo jacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum jaculatorium iter intempestive facere.

natürlich gilt auch hierbei der Satz:

qui tamen data opera in eum jaculatus est, utique Aquilia tenetur. l. 9. §. 4. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 6.:

§. 38. Wer gefährliche Handlungen an einem dazu unter öffentlicher Genehmigung bestimmten Orte und zur erlaubten Zeit vornimmt, haftet nur für die schädlichen Folgen, die aus Vorsatz oder grobem Versehen entstanden sind.

Mit Unrecht meint Koch, die Bestimmung beruhe auf dem Satz:

daß der Handelnde von seinem Recht Gebrauch macht, also jure suo utitur. I. 261.

Von der Ausübung eines besonderen Rechts, also z. B. des Eigenthumsrechts, ist hier gar nicht die Rede, sondern einfach von Vornahme einer Handlung mit Beachtung der obrigkeitlich festgestellten Normen.

Weil der Handelnde diese Normen beachtet, ist er frei von Verschulden. Natürlich aber bleibt er für dolus verantwortlich.

Wenn Koch's Ansicht richtig wäre, so müßte im Gegentheil der Grundsatz gelten:

nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur. l. 55. D. 50. 17.

Keinem Römischen Juristen aber würde es einfallen, Koch's Ansicht beizutreten, vielmehr würden alle Römischen Juristen von einem solchen Falle sagen:

es liege zwar ein damnum injuria datum vor, aber culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum, — per campum jaculatorium intempestive — aliquis transiturus sit. Dolum duntaxat praestare debet. — Qui tamen data opera in eum jaculatus est, utique Aquilia tenetur. l. 31. l. 9. §. 4. D. 9. 2.

Zweite Unter-Abtheilung.

Die Verletzung eines Rechts, aus welcher eine Vermögensverringerung folgt.

Der wesentliche Unterschied zwischen der Beschädigung einer Sache oder des Leibes einer Person und der Verletzung jedes anderen Rechts der Person besteht darin, daß im ersteren Falle die Rechtsverletzung unmittelbar eine Vermögensverringerung, im letzteren

Falle aber die Rechtsverletzung unmittelbar nur die Verletzung des Rechts einer Person ist, aber mittelbar Ursache einer Vermögensverringerung wird, insofern die Verletzung des Rechts eine Vermögensverringerung verursacht.

Im ersteren Falle liegt also nur eine einzige Thatsache vor, nämlich die Beschädigung, sie ist zugleich eine Rechtsverletzung und eine Vermögensverringerung, im letzteren Falle aber sind zwei Thatsachen vorhanden, einerseits die Rechtsverletzung, und andererseits die Vermögensverringerung.

Im ersteren Falle besteht kein Unterschied zwischen der Zurechnung der Rechtsverletzung und der Zurechnung der Vermögensverringerung, es kommt vielmehr die Rechtsverletzung nur insofern in Betracht, als sie eine Vermögensverringerung, und die Vermögensverringerung nur insofern als sie eine Rechtsverletzung ist.

In letzterem Falle dagegen ist die Zurechnung der Rechtsverletzung verschieden von der Zurechnung der Vermögensverringerung, und es kann daraus, daß die Rechtsverletzung zugerechnet wird, nicht gefolgert werden, daß auch die Vermögensverringerung zuzurechnen sei.

Was nun aber die Zurechnung der Vermögensverringerung anbelangt, so erfolgt dieselbe nach folgenden Gesichtspunkten.

Voraussetzung der Zurechnung ist das Vorhandensein einer Rechtsverletzung, d. h. wo eine Rechtsverletzung nicht vorliegt, kann auch von Zurechnung einer Vermögensverringerung nicht geredet werden.

Liegt dagegen eine Rechtsverletzung vor, so kommt es darauf an, zu bestimmen:

Inwiefern die aus der Rechtsverletzung folgende Vermögensverringerung demjenigen, der das Recht verletzte, zuzurechnen ist.

Es ergiebt sich zunächst, daß nur solche Rechte in Betracht kommen können, welche eine Beziehung zum Vermögen des Menschen haben. Diese Rechte sind:

1) Das Recht auf das Leben, als die Bedingung zum Besitz von Vermögen. Eine Verletzung dieses Rechts kann natürlich nur für die Hinterbleibenden einen Anspruch auf Entschädigung geben. Bezüglich ihrer steht dem Tode die absolute Freiheitsberaubung gleich.

2) Das Recht, nach Willkür zu handeln, als die Bedingung, Vermögen zu erwerben und zu erhalten, namentlich das Recht, nach Willkür über sein Eigenthum zu verfügen.

Wer eines der vorstehenden Rechte verletzt, verletzt zwar nicht unmittelbar einen Gegenstand des Vermögens, aber er verletzt ein Recht, welches in nothwendiger Beziehung zum Vermögen steht.

Deshalb wird die aus der Verletzung eines derartigen Rechtes

folgende Vermögensverringerung ebenso zugerechnet, wie eine Beschädigung.

Wenn dagegen das verletzte Recht in keiner Beziehung zum Vermögen steht, so kann eine aus der Verletzung eines solchen Rechts entspringende Verringerung des Vermögens dem Verletzenden nicht zugerechnet werden. Ein solches Recht ist das Recht der Menschen auf Ehre.

In Folge der bürgerlichen Verhältnisse ist jedoch die Ehre des Menschen nicht ohne Einfluß auf sein Vermögen, indem die Möglichkeit, Vermögen zu erwerben und selbst die Möglichkeit, Vermögen zu bewahren, z. B. eine bestimmte Stellung, welche mit Einkünften verbunden ist, zu behalten, von dem Ruf, in welchem eine Person steht, abhängt. Es rechtfertigt sich daher auch, vermögensrechtliche Entschädigungsansprüche in Folge der Verletzung der Ehre zu geben. Weil jedoch der Zusammenhang der Ehre und des Vermögens kein nothwendiger ist, so ist ein solcher Anspruch nur in beschränktem Maaße zu gewähren, nämlich:

nur im Falle vorsätzlicher Kränkung der Ehre,

und auch in diesem Falle nur insofern, als:

a) die Verringerung des Vermögens beabsichtigt war,
b) oder dieselbe demjenigen, welcher die Ehre verletzte, bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht verborgen bleiben konnte.

Es ist daher nachstehend zu handeln:

1) von der Verletzung des Lebens und der Freiheit;
2) von der Verletzung des Rechts, nach Willkühr zu handeln;
3) von der Verletzung der Ehre.

I. Verletzung des Lebens und der Freiheit.

§. 235.

Wer eine Person schuldbarer Weise tödtet, muß diejenigen Personen entschädigen, welche gegen den Getödteten während dessen Lebens vermögensrechtliche Ansprüche geltend zu machen berechtigt sind.

Das Römische Recht erwähnt einen derartigen Anspruch nicht. Suarez hat also ganz recht, wenn er sagt:

de jure Romano hätte actio legis Aquiliae stattgefunden, wenn ein freier Mensch verwundet, nicht aber wenn er getödtet worden (Koch III. 951.);

und Koch hat unrecht, wenn er das Gegentheil behauptet. Die von ihm citirten Gesetze l. 5. pr. §. 3. l. 6. 7. D. 9. 2., handeln theils gar nicht von der lex Aquilia (Cornelia tenebitur), theils von dem Anspruch eines pater familias wegen Verletzung

des filius familias oder servus, und die l. 13. pr. l. c. von der Verwundung des homo sui juris.

Der Grund, weshalb die lex Aquilia nicht anwendbar ist, liegt einfach darin, daß die lex Aquilia nur dem Verletzten Ansprüche giebt, im Falle einer Tödtung aber der Verletzte natürlich nicht klagen kann.

Es kann nur in Frage kommen, ob und inwieweit die Hinterbliebenen ein Klagerecht haben. Diese Frage aber wird im Römischen Recht nicht entschieden.

Das A. L. R. giebt einen Anspruch 1. 6.:

1) der hinterlassenen Frau und den Kindern, §. 98.;
2) anderen Personen, welche nach den Vorschriften der Gesetze Unterhalt von dem Entleibten zu fordern berechtigt sein würden. §. 109.

Letztere Bestimmung scheint auf den Fall der gesetzlichen Alimentationspflicht eingeschränkt werden zu müssen. Es fehlt aber an einem Grunde, die gesetzliche Alimentationspflicht anders zu behandeln, als die übrigen an das Leben einer Person gebundenen Ansprüche gegen dieselbe.

Demnächst aber enthält das A. L. R. insofern eine unrichtige Bestimmung, als auch im Falle unverschuldeter Tödtung:

> Wer widerrechtlich einen Menschen ums Leben bringt. §. 98.
> Ist die Entleibung nur aus geringem Versehen erfolgt. §. 110.

der Frau und den Kindern in allen Fällen:

> die Kosten der etwanigen Kur, ingleichen die Begräbniß- und Trauerkosten

ersetzt werden müssen.

Diese Bestimmung ist unrichtig, weil, soweit kein Verschulden vorliegt, auch keine Ansprüche auf Entschädigung entstehen können. Die Art der Rechtsverletzung kann nie eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen der Zurechnung rechtfertigen.

Wenn Bornemann II. 315. und Koch I. 259., III. 951. die landrechtliche Bestimmung für richtig halten, so liegt der Grund davon darin, daß sie sich von der im wirklichen Recht nicht geltenden Ansicht des strengen Rechts leiten lassen, wonach jede freiwillige Handlung zu vertreten ist. Im Uebrigen werden im Falle eines Verschuldens angemessener Weise außer den erwähnten Ansprüchen der Anspruch:

> auf Unterhalt, Erziehung und Ausstattung. §§. 99. 101.

und zwar:

> so lange, als die Familienglieder diese Ansprüche geltend machen könnten, wenn der Entleibte noch am Leben wäre. §§. 101. 105. 106. 107. 108.

anerkannt.

Das O. G. B. sagt:

§. 1327. Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so müssen nicht nur alle Kosten, sondern auch der hinterlassenen Frau und den Kindern des Getödteten das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden.

Ob diese Verpflichtung nur im Falle eines Verschuldens eintritt, ist nicht gesagt.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

§. 236.

Dieselbe Verpflichtung tritt ein, wenn durch Verschulden eine Person ihrer Freiheit in einer Weise beraubt wird, daß Ansprüche gegen sie nicht geltend gemacht werden können.

Im Falle einer derartigen Freiheitsberaubung tritt für die Hinterbleibenden dasselbe Verhältniß ein, wie im Falle des Todes.

Es erwähnt daher das A. L. R. den Fall:

Kann dem Beleidigten die geraubte persönliche Freiheit nicht wieder verschafft werden. §. 136.

und das O. G. B.:

Kann er ihm die Freiheit nicht mehr verschaffen. §. 1329.

und beide Gesetzbücher stellen diesen Fall der Tödtung gleich, jedoch das A. L. R. nur bezüglich:

der Frau und Kinder. §. 136.

II. Verletzung des Rechts, nach Willkühr zu handeln.

§. 237.

Wer das Recht einer Person, nach eigener Willkür zu handeln, namentlich nach Willkür über ihr Eigenthum zu verfügen, schuldbarer Weise verletzt, ist zur Entschädigung verpflichtet.

Im Römischen Recht war das allgemeine Rechtsmittel, um derartige Ansprüche geltend zu machen, die actio injuriarum. D. 47. 10. Sie ging eigentlich auf Strafe:

ut vindicetur, non ut damnum sarciatur. l. 7. §. 1. l. c.

Später wurde jedoch eine Klage auf Entschädigung gegeben:

posse hodie de omni injuria, sed et de atroci civiliter agi. l. 7. §. 6. l. c.

in summa sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere vel civiliter. §. 10. J. 4. 4.

Es war eine Klage:

ex bono et aequo. l. 11. §. 1. D. 47. 10.

Ihre Eigenthümlichkeit aber bestand darin, daß sie nur im Falle eines dolus zulässig war:

cum enim injuria ex affectu facientis consistat. l. 3. §. 1. l. c.

injuriae faciendae gratia. l. 20. l. c.

Sie ging also nur gegen den, der doli capax war. (Die l. 38. §. 5. D. 48. 19. etsi dolo non faciat enthält nur scheinbar eine Ausnahme).

War die Rechtsverletzung nur eine schuldbare, so fand eine Klage nicht statt, selbst nicht im Falle der culpa lata:

in lege Cornelia dolus pro facto accipitur; nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. l. 7. D. 48. 8.

Speziell erwähnt wird:

1) der Fall der Freiheitsberaubung:

si liber pro fugitivo adprehensus erit. l. 22. D. 47. 10.

2) der Fall der widerrechtlichen Arrestlegung:

si cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere. §. 1. J. 4. 4.

si injuriae faciendae gratia Seja domum absentis debitoris signasset sine auctoritate ejus, qui concedendi jus potestatemve habuit. l. 20. D. 47. 10.

Das A. L. R. hebt hervor:

1) den Fall der Freiheitsberaubung.

Es sagt zwar ganz allgemein 1. 6.:

§. 132. Wer auf irgend eine Art einen Andern seiner persönlichen Freiheit widerrechtlich beraubt.

allein es denkt dabei nur an eine vorsätzliche widerrechtliche Freiheitsberaubung, dies ergeben die folgenden Worte:

der haftet demselben für das ganze Interesse.

und ebenso die Fassung des folgenden Paragraphen:

§. 133. Der, auf dessen Gefahr oder falsche Vorspiegelung ein widerrechtlicher Personalarrest verhängt worden, und der Richter, welcher dabei den gesetzlichen Vorschriften zuwider gehandelt hat, sind dem Beleidigten als Mitschuldner verhaftet.

2) den Fall des widerrechtlichen Real-Arrestes.

Es sagt:

§. 137. Wer Sachen unrechtmäßiger Weise mit Arrest be-

legt, haftet für den Schaden, den dieselben dadurch leiden, ebenso als wenn er diesen Schaden durch seine unmittelbare Handlung veranlaßt hätte. (§. 82. ff.)

Daß die unrechtmäßige Arrestlegung eine verschuldete sein müsse, wird nicht gesagt.

Demnächst heißt es ferner:

§. 138. Kann außer diesem Schaden ein durch den Arrest entzogener sicherer Gewinn nachgewiesen werden, so ist der Arrest-leger auch diesen zu vergüten schuldig. (§§. 13. 14.).

Das O. G. B. erwähnt speziell nur die Verletzung der persönlichen Freiheit. Es sagt:

§. 1329. Wer Jemanden durch gewaltsame Entführung, durch Privatgefangennehmung oder vorsätzlich durch einen widerrechtlichen Arrest seiner Freiheit beraubt, ist verpflichtet, volle Genugthuung zu leisten.

Es denkt jedenfalls nur an vorsätzliche widerrechtliche Beraubung der Freiheit.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

III. Verletzung der Ehre.

§. 238.

Wer die Ehre einer Person vorsätzlich verletzt, ist zur Entschädigung verpflichtet, wenn er die in Folge der Verletzung der Ehre eintretende Vermögensverringerung beabsichtigte oder ihm deren Eintreten bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht verborgen bleiben konnte.

Nach Römischem Recht war die contumelia durch die actio injuriarum zu verfolgen. Die Entschädigung wurde ex bono et aequo geschätzt. l. 11. §. 1. D. 47. 10.

Das A. L. R. sagt 1. 6.:

§. 131. Der Ersatz eines nach Gelde in Anschlag zu bringenden Schadens kann nur insofern gefordert werden, als der Schade aus der Ehrverletzung unmittelbar entstanden ist.

d. h.:

nach dem natürlichen und gewöhnlichen Lauf der Dinge. §. 4.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß nur die vorsätzliche Verletzung der Ehre gemeint ist.

Wenn aber die Vermögensverringerung eine mittelbare Folge

der Verletzung der Ehre ist, so würde nach dem A. L. R. diese Vermögensverringerung nicht zu vertreten sein, selbst nicht:

wenn der Handelnde die Vermögensverringerung vorausgesehen und beabsichtigt hat. §§. 8. und 12. I. 3.

und:

wenn der Handelnde die Vermögensverringerung bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit voraussehen konnte. §. 10. l. c.

Eine derartige Beschränkung der Zurechnung ist nicht zu rechtfertigen.

Das O. G. B. sagt:

§. 1330. Wenn Jemanden durch Ehrenbeleidigungen ein wirklicher Schade oder Entgang des Gewinnes verursacht worden ist, so ist er berechtigt, Schadloshaltung oder volle Genugthuung zu fordern.

Daß nur die vorsätzliche Ehrenbeleidigung gemeint, ist nicht zu bezweifeln. Wenn aber ohne Rücksicht auf Verschulden unbedingt die Verpflichtung eintritt, den wirklichen Schaden zu ersetzen, oder sogar volle Genugthuung zu leisten, so ist diese Bestimmung nicht zu rechtfertigen.

Die Entschädigung kann durch den Strafrichter nach näherer Bestimmung des §. 1340 festgestellt werden (ebenso im Falle der körperlichen Verletzung und widerrechtlichen Beschränkung der Freiheit).

Zweite Abtheilung.

Schätzung des Schadens.

Wenn ein Schaden zu ersetzen ist, muß bestimmt werden:

wie der Schaden zu schätzen ist?

Es beantwortet sich auch diese Frage verschieden nach dem Prinzip, von welchem ausgegangen wird.

Nach dem Prinzip des strengen Rechts muß aller Schaden, welcher dem Verletzten in Folge der Beschädigung entsteht, ersetzt werden.

Nach dem moralischen Prinzip ist nur der Schaden zu ersetzen, welchen der Beschädigende beabsichtigt hat.

Im wirklichen Recht werden diese sich widersprechenden Ansichten dahin vermittelt:

1) Wenn die Verletzung aus Vorsatz oder grobem Versehen verursacht worden ist, muß aller Schaden ersetzt werden, welcher dem Verletzten durch die Beschädigung zugefügt ist.
2) Wenn dagegen der Schaden nur durch Verschulden verur-

sacht worden ist, so ist nur derjenige Schaden zu ersetzen, welchen der Beschädigende bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit voraussehen konnte.

Es wird also nach denselben Grundsätzen verfahren, wie bei der Frage:

ob die Folgen einer Handlung als Unrecht zuzurechnen sind?

Der Unterschied liegt nur darin, daß es bei der Schätzung des Schadens auf die Frage ankommt:

inwieweit die Folgen der Beschädigung zuzurechnen sind?

Werden die Folgen einer Beschädigung näher ins Auge gefaßt, so ergiebt sich folgender Unterschied:

1) Die Folgen der Beschädigung sind solche, welche nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge immer, also für Jedermann, aus der bezüglichen Beschädigung entstehen. (Allgemeiner, gewöhnlicher Schaden.)

Diese Folgen der Beschädigung sind bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit immer vorauszusehen, also immer zu vertreten.

2) Oder es sind die Folgen solche, welche nur mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse des Verletzten oder besondere bezüglich des Verletzten vorhandene Umstände für denselben entstehen. (Individueller, ungewöhnlicher Schaden.)

Dieser individuelle, ungewöhnliche Schaden ist:

a) im Falle einer Beschädigung aus Vorsatz oder grobem Versehen immer zu vertreten,

b) im Falle einer schuldbaren Beschädigung nur insoweit, als der Beschädigende die besonderen Verhältnisse und Umstände, und daß aus ihnen der Schade entstehen werde, kannte und wußte oder bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit kennen und wissen konnte.

Eine besondere Art des individuellen Schadens ist der entgangene Gewinn. Es gilt bezüglich desselben alles das, was vom individuellen Schaden überhaupt gilt. Natürlich kann es dabei nicht auf unsichere Erwartungen ankommen, sondern es kann nur ein solcher entgangener Gewinn in Betracht kommen, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge unter Berücksichtigung aller vorhandenen Verhältnisse mit Sicherheit zu erwarten war.

Die vorstehend angegebenen Grundsätze finden Anwendung, sowohl, wenn es sich um die Beschädigung einer Sache, als wenn es sich um die Beschädigung einer Person oder um die Verletzung eines Vermögensrechts handelt, jedoch mit folgender Maaßgabe:

1) Wenn es sich um Beschädigung einer Sache handelt, lassen sich jene Grundsätze unmittelbar anwenden. Denn die Sache ist, vermöge ihrer selbstständigen Existenz, unmittelbar als Vermögensobjekt schützbar, es läßt sich also auch scharf un-

terscheiden, welchen Werth die Sache für Jedermann hat (gemeiner Werth) und welchen Werth sie speziell für den Verletzten hat (individueller, besonderer Werth).

2) Wenn es sich dagegen um eine Verletzung der Person oder eines Vermögensrechts der Person handelt, so ist eine Schätzung des Schadens in dem Sinne, daß von einer bestimmten Person ganz abgesehen wird, nicht möglich, denn gerade die individuellen Verhältnisse, in denen sich die Person nach Stand, Gewerbe, Amt u. s. w. befindet, bestimmen die Fähigkeit der Person, Vermögen zu erwerben, und die Verletzung dieser Fähigkeit ist — abgesehen von Heilungskosten, die aber auch nach Stand und Vermögen verschieden sind — das zu Schätzende.

Vorstehende Verhältnisse müssen deshalb auch bei Ermittelung des allgemeinen, gewöhnlichen Schadens berücksichtigt werden, und nur der Unterschied läßt sich machen, daß, wenn es sich um die Schätzung des allgemeinen, gewöhnlichen Schadens handelt, jene Verhältnisse nur nach allgemeinen Normen in Betracht kommen, während, wenn es sich um Schätzung des individuellen Schadens handelt, auch die ganz persönlichen Verhältnisse des Verletzten in Rechnung gebracht werden können. Es wird jedoch hierbei dem Ermessen des Richters ein freierer Spielraum zu lassen sein, als bei der Schätzung des Schadens an Sachen.

I. Allgemeine Grundsätze und deren Anwendung auf Beschädigung von Sachen.

A. Vorsatz und Verschulden.

§. 239.

Wer vorsätzlich beschädigt, muß allen dem Verletzten verursachten Schaden und entgangenen sicheren Gewinn ersetzen; wer nur schuldbar beschädigt, dagegen nur denjenigen Schaden und entgangenen sicheren Gewinn, welchen er bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit voraussehen konnte.

Die lex Aquilia enthielt noch keinen bestimmten Grundsatz, nur das erkannte man, daß es nicht immer ausreiche, wenn nur der gemeine Werth der beschädigten Sache zur Zeit der Schadenszufügung erstattet werde. Man half sich in der Art, daß man allgemein die Verpflichtung aussprach, den höchsten Werth der Sache

innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu ersetzen, nämlich bezüglich der im ersten Kapitel gedachten Beschädigungen:

quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto. l. 2. pr. D. 9. 2.

bezüglich der im dritten Kapitel gedachten Beschädigungen:

quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto. l. 27. §. 5. l. c.

Es kamen dabei in Betracht:

omnia commoda, quae intra annum, quo interfectus est, pretiosiorem servum facerent. l. 23. §. 6. l. c.

Dagegen wurde erst in Folge der Interpretation der individuelle Schaden geschätzt:

Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum peremti corporis aestimationem habendam esse, sed eo amplius, quidquid praeterea perempto eo corpore damni vobis allatum fuerit. §. 10. J. 4. 3.

und zwar war dieser individuelle Schaden zu ersetzen, ohne Unterschied, ob dolus oder culpa Ursache des Schadens war. Denn es galten ganz allgemein die Sätze:

sed utrum corpus ejus solum aestimemus, quanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum: et hoc jure utimur, ut ejus, quod interest, fiat aestimatio. l. 21. §. 2. D 9. 2.

si quadrupes, cujus nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio occisa est, et cum eo lege Aquilia agitur, aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam ejus, in quo de pauperie actio est, referri debet; et tanti damnandus est is, qui occidit, judicio legis Aquilae, quanti actoris interest, noxae potius deditione defungi, quam litis aestimatione. l. 37. §. 1. l. c.

sed et si servus, qui magnas fraudes in meis rationibus commiserit, fuerit occisus, de quo quaestionem habere destinaveram, ut fraudum participes eruerentur, rectissime Labeo scribit, tanti aestimandum, quanti mea intererat, fraudes servi per eum commissas detegi, non quanti noxa ejus servi valeat. l. 23. §. 4. l. c.

Das Interesse ist also der individuelle Schaden. Dasselbe begreift namentlich in sich den entgangenen Gewinn:

in lege enim Aquilia damnum consequimur, et amisisse dicimur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur. l. 33. pr. l. c.

namentlich also z. B.:

qua actione patrem consecuturum, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus. l. 7. pr. l. c.

praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. l. 7. D. 9. 3.

Ungewisse Erwartungen wurden nicht berücksichtigt:

sed ubi damni injuria agitur, ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum. l. 29. §. 3. D. 9. 2.

Ob das gewählte Beispiel richtig ist, kann dahin gestellt bleiben, jedenfalls liegt ihm der Gedanke zu Grunde:

Unsichere Erwartungen werden bei Schätzung des Schadens nicht berücksichtigt.

Daß speziell der individuelle Werth einer Sache zu schätzen ist, wird in folgendem Falle gesagt:

item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniacis, aut gemellis aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit; non solum (enim) perempti corporis aestimatio facienda est, sed et ejus ratio haberi debet, quo caetera corpora depretiata sunt. l. 22. §. 1. l. c.

Das A. L. R. enthält eine den Grundsätzen des Römischen Rechts widersprechende Ansicht. Es läßt eine verschiedene Schätzung des Schadens eintreten, je nachdem Vorsatz oder Verschulden die Ursache des Schadens ist. Nach dem bereits Bemerkten ist das angemessen, und Bornemann findet es daher mit Recht passend, daß die Redaktoren des A. L. R. bei der Schätzung des Schadens die Moralität des Handelnden in Betracht gezogen haben. II. 316. Koch dagegen tadelt vom abstrakt rechtlichen Gesichtspunkt aus die landrechtlichen Bestimmungen. I. 316.

Es ist hierbei noch zu bemerken, daß bei Entschädigungsansprüchen aus Verträgen und bei Entschädigungsansprüchen des Eigenthümers gegen den Besitzer auch im Römischen Recht ein Unterschied gemacht wird, je nachdem dolus oder culpa Ursache des Schadens ist, und es an jedem Grunde fehlt, in dieser Beziehung die verschiedenen Entschädigungsansprüche in entgegengesetzter Weise zu behandeln.

In der Ausführung sind jedoch die landrechtlichen Bestimmungen nicht überall gelungen. Eine Hauptveranlassung liegt darin, daß das A. L. R. den Begriff des individuellen Schadens nicht scharf genug auffaßt.

Die Unterscheidung des Schadens als unmittelbaren oder mittelbaren betrifft nur die Ursache des Schadens, nicht die Schätzung des Schadens, wie bereits bemerklich gemacht worden ist.

Bei der Lehre von Verträgen findet sich eine richtige Bestimmung des Begriffes: individueller Schaden 1. 5.:

§. 286. Aller Nachtheil, welcher für Jemand daraus ent-

standen ist, daß der Andere seinen Pflichten gegen ihn nicht nachgekommen, wird unter dem Interesse begriffen.

und entsprechend wird auch im 6. Titel gesagt:

§. 1. Schade heißt jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung . . . seines Vermögens,

und:

§. 7. Zu einer vollständigen Genugthuung gehört der Ersatz des gesammten Schadens und des entgangenen Gewinnes.

Wenn es daher ferner heißt:

§. 10. Wer einen Andern aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, muß demselben vollständige Genugthuung leisten,

so unterliegt es keinem Zweifel, daß damit der gesammte individuelle Schaden gemeint ist. Dies ist namentlich der Fall bei Beschädigungen an Sachen, denn es bestimmt das A. L. R.:

§. 86. Auch haftet in einem solchen Falle der Beschädiger für den außerordentlichen Werth,

und der außerordentliche Werth ist eben der individuelle Werth **1. 2.**:

§. 114. Der außerordentliche Werth einer Sache erwächst aus der Berechnung des Nutzens, welchen dieselbe nur unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen leisten kann.

Bezüglich des entgangenen Gewinnes sagt das A. L. R. **1. 6.**:

§. 5. Vortheile, die Jemand erlangt haben würde, wenn eine gewisse Handlung oder Unterlassung nicht vorgefallen wäre, werden zum entzogenen Gewinn gerechnet,

jedoch mit der Maaßgabe:

§. 6. Doch wird bei Bestimmung des entgangenen Gewinnes nur auf solche Vortheile, die entweder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der Geschäfte des bürgerlichen Lebens oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen vernünftiger Weise erwartet werden konnten, Rücksicht genommen.

Soweit es sich dagegen um den Ersatz eines nur durch Verschulden verursachten Schadens handelt, sind die Bestimmungen des A. L. R. nicht richtig.

Es heißt **1. 6.**:

§. 12. Wer nur aus mäßigem Versehen den Andern durch eine Handlung oder Unterlassung beleidigt, der haftet nur für den daraus entstandenen wirklichen Schaden.

Unter dem Ausdruck „wirklicher Schaden" ist nämlich nur der allgemeine Schaden gemeint, also im Falle der Beschädigung einer Sache deren gemeiner Werth 1. 6.:

§. 88. Ist der Schade durch ein mäßiges oder geringes Versehen entstanden, so darf nur der zur Zeit der Schadenszufügung vorhanden gewesene gemeine Werth ersetzt werden,

das heißt 1. 2.:

§. 112. Der Nutzen, welchen die Sache einem jeden Besitzer gewähren kann.

Diese Bestimmung ist unrichtig.

Wenn der Beschädigende den individuellen Schaden, also den außerordentlichen Werth, und den entgangenen Gewinn, bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit voraussehen konnte, muß er auch den individuellen Schaden, außerordentlichen Werth, entgangenen Gewinn vertreten; z. B. es verletzt Jemand eins von vier gleichen Wagenpferden.

Nun enthält zwar das A. L. R. auch noch die Bestimmung 1. 6.:

> §. 13. Doch muß der Beschädiger auch einen solchen entgangenen Gewinn ersetzen, den der Beschädigte durch den gewöhnlichen Gebrauch desjenigen, woran er gekränkt worden, erlangt haben würde, wenn die Kränkung nicht vorgefallen wäre,

daß man jedoch bei dieser Bestimmung nicht an den individuellen Schaden dachte, ergiebt die Bemerkung von Suarez (Bornemann II. 321):

> Auf Dasjenige also, was der Beleidigte durch seine besondere Industrie, und vermöge besonderer Anstalten und Vorkehrungen hätte erwerben können, kann hier, wo bloß de damno culpa levi dato die Rede ist, nicht reflektirt werden.

Der gedachte Paragraph hat vornämlich Verletzungen der Person und Beeinträchtigung bestimmter Rechte im Auge, nicht die Verletzung von Sachen. Daher folgt der Beisatz:

> §. 14. In einem solchen Falle muß der entgangene Gewinn vergütet werden, auch wenn der wirkliche Schaden keiner Schätzung fähig wäre.

Man hat also an Fälle gedacht, wo die Erwerbsfähigkeit verringert worden ist und also die Verringerung der Erwerbsfähigkeit zu schätzen ist.

Das A. L. R. enthält endlich noch die Bestimmung 1. 6.:

> §. 85. Ist der Schade aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, so muß der höchste Werth, welchen die Sache in dem Zeitraum zwischen der Schadenszufügung und der dem Beschädiger zugestellten Klage gehabt hat, vergütet werden.

Diese Bestimmung entspricht der Bestimmung des Römischen Rechts:

> quanti in eo anno plurimi fuit.

Eine derartige Bestimmung ist jedoch unpassend. Denn nicht der zufällige Umstand, wann die Klage angestellt wird, kann entscheidend sein, sondern es muß der individuelle Schaden nach den zur Zeit der Schadenszufügung vorhandenen Umständen taxirt werden.

Die Bestimmung des Römischen Rechts hatte ihren Grund

nur darin, daß man zur Zeit der Abfassung der lex Aquilia noch nicht den Grundsatz kannte, es sei das Interesse zu schätzen. Man half sich daher dadurch, daß man den höchsten Werth während eines bestimmten Zeitraums zur Norm nahm, und zwar abgemessen nach der Zeit der Schadenszufügung.

Die Bestimmung des A. L. R. ist deshalb noch unpassender, als die des Römischen Rechts, weil nach dem A. L. R. der Zeitraum in die Willkür des Verletzten gestellt ist.

Das O. G. B. enthält dieselben Grundsätze, wie das A. L. R. Es sagt:

> **§. 1293.** Schade heißt jeder Nachtheil, welcher Jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.
>
> Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den Jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.
>
> **§. 1323.** Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung, wofern er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugthuung genannt.

Es bestimmt demnächst allgemein:

> **§. 1324.** In dem Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugthuung, in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt,

und speziell bei Beschädigungen des Vermögens (d. h. an Sachen):

> **§. 1331.** Wird Jemand an seinem Vermögen vorsätzlich oder durch auffallende Sorglosigkeit eines Andern beschädigt, so ist er auch den entgangenen Gewinn zu fordern berechtigt.
>
> **§. 1332.** Der Schade, welcher aus einem mindern Grade des Versehens oder der Nachlässigkeit verursacht worden ist, wird nach dem gemeinen Werth, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, ersetzt;

d. h. die Sache wird:

> nach dem Nutzen geschätzt, den sie mit Rücksicht auf Zeit und Ort gewöhnlich und allgemein leistet. **§. 305.**

Der Code Napoléon sagt gar nichts über die Art und Weise der Schätzung des Schadens, sondern spricht nur allgemein von der Verpflichtung:

> à réparer le dommage. Art. **1382.**

Es wird namentlich gleichgestellt die Beschädigung par fait und par négligence ou imprudence, Art. **1383**, also auch was die Schätzung des Schadens anbetrifft.

B. Grobes Versehen.

§. 240.

Wer einen Schaden dadurch verursacht, daß er das nicht beachtet, was Jedermann nothwendig wissen muß, wird Demjenigen gleichgeachtet, welcher vorsätzlich beschädigt.

Der Unterschied dieser culpa lata von der culpa levis liegt darin, daß in ersterem Falle der Handelnde das Entstehen des Schadens nothwendiger Weise kennen muß. Er handelt also, wenn auch nicht geradezu mit bösem Vorsatz, doch mit bösem Bewußtsein. In letzterem Falle dagegen ist es nicht nothwendig, daß der Handelnde mit bösem Bewußtsein handelt, sondern es ist nur anzunehmen, wenn er die gewöhnliche Aufmerksamkeit angewendet hätte, hätte er das Entstehen des Schadens voraussehen können.

Im Römischen Recht hat die Unterscheidung der culpa in culpa lata und levis bezüglich der lex Aquilia keine Bedeutung, weil auch im Falle der culpa levis das ganze Interesse zu prästiren ist.

Den Begriff der culpa lata bestimmt das Römische Recht dahin:

> lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt. l. 213. §. 2. D. 50. 16.
>
> latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt. l. 223. pr. l. c.

Das A. L. R. sagt etwas unbestimmt 1. 3.:

> §. 18. Ein Versehen, welches bei gewöhnlichen Fähigkeiten ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit vermieden werden konnte, heißt ein grobes Versehen.
>
> §. 19. Die Folgen eines groben Versehens werden, insofern es auf den Schadensersatz ankommt, (im Civilrecht) ebenso zugerechnet, wie die Folgen des Vorsatzes.

Die eigentliche Begriffsbestimmung des groben Versehens enthält das A. L. R. im Kriminalrecht, indem es sagt 2. 20.:

> §. 27. Ist die Handlung so beschaffen, daß der gesetzwidrige Erfolg nach der allgemein oder dem Handelnden besonders bekannten natürlichen Ordnung der Dinge nothwendig daraus entstehen mußte, so wird vermuthet, daß das Verbrechen vorsätzlich sei unternommen worden.

Speziell wendet es diesen Gedanken an zur Begriffsbestimmung des Todtschlags, indem es eine Handlung erfordert:

> woraus nach dem gewöhnlichen allgemein oder dem Han-

delnden besonders bekannten Lauf der Dinge der Tod erfolgen mußte, §. 806.

denn in diesem Falle ist anzunehmen,

auch dem Handelnden sei dies bewußt gewesen,

(vergl. meine Beurtheilung des Strafgesetzbuchs, pag. 231 sq.).

Das O. G. B. stellt dem Vorsatz gleich:

die auffallende Sorglosigkeit. §§. 1324. 1331.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

C. Werth der besondern Vorliebe.

§. 241.

Der Werth der besondern Vorliebe ist zu vergüten, wenn der Beschädigende die Umstände, welche diesen Werth bedingen, kennt, und dennoch die Verletzung vorsätzlich zufügt, oder wenn die Verletzung in einer strafrechtlich verbotenen Handlung besteht.

Die Schätzung des individuellen Schadens erfolgt zwar unter zu Grundlegung der individuellen Verhältnisse des Verletzten, allein es wird doch die Schätzung nach einem allgemeinen Maaßstab vorgenommen, d. h. es wird geschätzt,

welcher Schaden für einen Jeden, der sich in derartigen Verhältnissen befindet, aus der Verletzung entsteht.

In diesem Sinne sagt das Römische Recht bezüglich der actio legis Aquiliae:

non affectiones aestimandas esse puto, sed quanti omnibus valeret. l. 33. pr. D. 9. 2.

Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. eod. l. c.

Nur bezüglich der bonae-fidei-judicia sagt es:

affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam. l. 54. pr. D. 17. 1.

Das A. L. R. verordnet unbedingt 1. 6.:

§. 87. Für den Werth der besondern Vorliebe haftet er nur alsdann, wenn die Beschädigung vorsätzlich zugefügt worden ist.

Angemessener Weise ist jedoch der Werth der besondern Vorliebe nur dann zu vergüten, wenn entweder der Beschädiger:

die zufälligen Eigenschaften oder Verhältnisse einer Sache, die derselben in der Meinung ihres Besitzers einen Vorzug vor allen andern Sachen gleicher Art beilegen, §. 115. 1. 2.

kennt und dennoch beschädigt, oder wenn die Verletzung als Verbrechen besonders qualifizirt ist. Ist ein solcher besonderer Grund nicht vorhanden, so muß es bei der Schätzung des Schadens nach allgemeinen Grundsätzen bewenden.

Das O. G. B. beschränkt daher den Ersatz des Werthes der besondern Vorliebe in angemessenerer Weise auf den Fall:

> wenn der Schade vermittelst einer durch ein Strafgesetz verbotenen Handlung oder aus Muthwillen und Schadenfreude verursacht worden. §. 1331.

Es wird auch die landrechtliche Bestimmung durch den Zusatz:

> daß das richterliche Ermessen den Werth nach der besondern Beschaffenheit der Umstände und Verhältnisse, worauf der Beschädigte diese Vorliebe gründet, festzusetzen und zu ermäßigen hat, §. 97. I. 6.

nicht in angemessener Weise modifizirt, denn dadurch wird nur eine übermäßige subjektive Schätzung auf ein richtiges Maaß gebracht, im Uebrigen bleibt der unrichtige Grundsatz stehen, daß in allen Fällen vorsätzlicher Verletzung subjektive Schätzung eintritt.

Mit der hier erörterten Schätzung des Schadens nach subjektiver Ansicht ist nicht zu verwechseln die ins formelle Recht gehörige subjektive Schätzung, welche in Ermangelung ausreichenden objektiven Beweises als aushelfendes Beweismittel vorkommt. Denn bei letzterer Art der subjektiven Schätzung erfolgt die Schätzung nicht nach subjektiver Ansicht, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über Schätzung des Schadens.

II. Anderweite Beschädigungen.

§. 242.

Die vorstehend erörterten allgemeinen Grundsätze über Schätzung des Schadens kommen auch in Anwendung, wenn es sich um Schätzung des Schadens handelt, welcher durch Verletzung der Person oder eines andern Vermögensrechts verursacht worden ist.

Das Römische Recht enthält insofern eine abweichende Bestimmung, als es im Falle der actio injuriarum dem Beschädigten die Schätzung des Schadens überließ:

> Sed postea praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare;

jedoch mit der Maaßgabe:

> ut judex vel tanti (reum) condemnet, quanti injuriam

passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. §. 7. J. 44.

Das A. L. R. enthält spezielle Bestimmungen über die Schätzung des Schadens:

1) im Falle der Tödtung und absoluten Freiheitsberaubung 1. 6.:
   a) Im Falle der Tödtung und Freiheitsberaubung aus Vorsatz oder grobem Versehen wird unbedingt Stand und Vermögen des Getödteten zur Norm genommen. §§. 99. 100. 136.
   b) Im Falle der Tödtung und Freiheitsberaubung aus mäßigem Versehen wird die standesmäßige Nothdurft zur Norm genommen, §. 103. 104. 136.; auch tritt die Verhaftung nur ein, soweit nicht anderweit für die Verletzten gesorgt ist. §. 103. sq.
2) Im Falle der körperlichen Verletzung wird, abgesehen von dem Schmerzensgelde, §. 112 sq., und den Heilungskosten:
   a) bei Verletzungen aus Vorsatz oder grobem Versehen auch auf künftige Vortheile Rücksicht genommen, deren Erlangung der Verletzte nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge vernünftiger Weise erwarten konnte. §. 116.
   b) bei Verletzungen aus mäßigem Versehen entscheidet die Lage, in welcher der Beschädigte zur Zeit der Verletzung sich wirklich befunden hat. §. 117.
3) Bei Verunstaltung einer unverheiratheten Frauensperson wird:
   a) im Falle des Vorsatzes oder groben Versehens die Entschädigung so bestimmt, daß die Beschädigte Hoffnung erhalte, eine ihrem Stande gemäße Heirath zu finden und unterdessen aus den Einkünften derselben ihren Unterhalt nehmen könne. §. 124.
   b) im Falle eines mäßigen Versehens erhält sie eine solche Ausstattung, als sie von ihrem Vater nach dessen Stande vermöge der Gesetze zu fordern haben würde, und sofern diese Entschädigung wegen Unvermögens nicht gewährt werden kann, jährlich fünf Prozent Zinsen, so lange die Verunstaltete lebt. §§. 125—127.
4) Bei Verletzung der Ehre findet sich die schon erwähnte unrichtige Bestimmung, daß nur der unmittelbare Schaden zu vergüten ist.
5) Bei Verletzung der Freiheit wird nur das ganze Interesse erwähnt. §. 132. Auch findet sich dabei die Bestimmung:

   §. 134. Wer im Privatarrest gehalten worden, kann zur eidlichen Bestärkung des erlittenen Schadens und entgangenen Gewinnes, nach vorgängiger richterlicher Ermäßigung, gelassen werden.

Das O. G. B. verpflichtet:

1) im Falle der Tödtung und absoluten Freiheitsberaubung zum Ersatz allen dessen, was der Frau und den Kindern dadurch entgangen ist. §§. 1327. 1329.
2) im Falle der Verletzung und Verunstaltung, abgesehen von Schmerzensgeld und Heilungskosten, zum Ersatz des entgangenen oder, wenn der Beschädigte zum Erwerbe unfähig wird, auch des künftig entgehenden Verdienstes, §. 1325. und bei Verunstaltung ist auf Verhinderung des besseren Fortkommens Rücksicht zu nehmen. §. 1326.

   Zwischen Vorsatz und Verschulden wird kein Unterschied gemacht.
3) Im Falle der Freiheitsberaubung wird nur von voller Genugthuung, §. 1329. und
4) im Falle der Verletzung an Ehre von Schadloshaltung oder voller Genugthuung gesprochen. §. 1330.

Der Code Napoléon enthält gar keine spezielle Bestimmung.

Dritter Titel.

Die Ansprüche des Eigenthümers gegen den Besitzer.

Es ist zu unterscheiden:

1) Der Ersatzanspruch des Eigenthümers gegen den Besitzer wegen Verwendung der Sache,
2) der Entschädigungsanspruch des Eigenthümers gegen den Besitzer.

ad 1) Der Ersatzanspruch des Eigenthümers gegen den Besitzer tritt ein, wenn Jemand ohne Recht eine fremde Sache für sich verwendet. Dieser Anspruch entsteht ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Besitzers lediglich in Folge der Thatsache der Verwendung der fremden Sache. Es wird die rei vindicatio in einen persönlichen Anspruch auf Ersatz des Werthes der Sache umgewandelt.

Dieser Anspruch ist nicht zu verwechseln mit dem Anspruch aus der nützlichen Verwendung eigenen Vermögens zum Besten eines Andern. cf. §. 286. 287.

ad 2) Entschädigungsansprüche des Eigenthümers gegen den Besitzer erfordern zu ihrer Entstehung ein Verschulden des Besitzers. Bezüglich ihrer kommen die allgemeinen Grundsätze über Entschädigungsansprüche zur Anwendung, jedoch mit der aus der Eigenthümlichkeit des Verhältnisses folgenden Modifikation.

Diese Eigenthümlichkeit liegt darin, daß die rechtsverletzende Handlung nicht auch zugleich die beschädigende Handlung ist.

Die rechtsverletzende Handlung ist nämlich die widerrechtliche Besitzergreifung. Die unmittelbare Folge der Besitzentziehung ist keine Beschädigung, sondern eben Entziehung des Besitzes.

Erst in Folge der Entziehung des Besitzes, resp. während der Dauer des Besitzes, treten Beschädigungen für den Eigenthümer hervor.

Die Folge davon ist:

1) Die Widerrechtlichkeit des Besitzes bestimmt sich nach der Widerrechtlichkeit der Besitzergreifung; der Besitz ist nämlich nur die Fortdauer der ursprünglichen Rechtsverletzung, er behält deshalb die Eigenthümlichkeit derselben an sich. Je nachdem also die Besitzergreifung eine vorsätzliche oder schuldbare oder schuldfreie Rechtsverletzung ist, gilt der Besitz als Besitz in bösem, in ungerechtfertigtem oder gerechtfertigtem guten Glauben. Erlangt jedoch der Besitzer während der Dauer des Besitzes Wissenschaft von der Widerrechtlichkeit seines Besitzes, so wird von dem Augenblick der Wissenschaft der Besitz in einen Besitz in bösem Glauben umgewandelt.

2) Durch die Entziehung des Besitzes wird dem Eigenthümer die Möglichkeit genommen, nach Willkür über die Sache zu verfügen. Der Besitzer überkommt deshalb die Verpflichtung, die fremde Sache vor Schaden zu bewahren (custodia).

Der Besitz erzeugt also eine Verpflichtung, und der Besitzer wird nicht bloß verantwortlich für beschädigende Handlungen, sondern auch für schädliche Unterlassungen.

3) Die Verhaftung des Besitzers wegen Beschädigung des Eigenthümers bestimmt sich nicht nach der Beschaffenheit der einzelnen beschädigenden Handlung oder Unterlassung, sondern nach der Beschaffenheit des Besitzes, d. h. bei der Frage nach der Verhaftung für den Schaden kommt es nicht darauf an, ob die einzelne beschädigende Handlung oder Unterlassung eine vorsätzliche, schuldbare oder schuldfreie Rechtsverletzung ist, sondern darauf, ob der Besitz selbst ein Besitz in bösem oder ungerechtfertigtem guten oder gerechtfertigtem guten Glauben ist.

Daraus folgt:

Der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben haftet gar nicht wegen Beschädigungen des Eigenthümers,

denn sein Besitz ist eine schuldfreie Rechtsverletzung. Wieweit aber der Besitzer in bösem und ungerechtfertigtem guten Glauben verantwortlich ist, das darf nicht, wie im Falle der lex Aquilia, nach der Beschaffenheit der einzelnen beschädigenden Handlung beurtheilt werden, sondern darüber hat allein die Beschaffenheit des Besitzes zu entscheiden, d. h. es darf nicht die einzelne Handlung für sich allein betrachtet werden, sondern die einzelne Handlung ist nur als Fortsetzung eines bestehenden widerrechtlichen Zustandes aufzufassen.

Nach der Verschiedenartigkeit der Beschädigung ist zu unterscheiden:

1) Schaden an der Substanz der Sache durch Vernichtung oder Verschlechterung derselben,
2) Schaden in Folge der dem Eigenthümer entzogenen Nutzung der Sache,
3) anderweit aus der Entziehung des Besitzes folgender Schaden.

I. Der Ersatzanspruch.

§. 243.

Wer eine fremde Sache ohne Recht verwendet, haftet dem Eigenthümer für den Werth des Verwendeten zur Zeit der Verwendung.

Das Römische Recht erwähnt nur einzelne Fälle der nützlichen Verwendung.

Das A. L. R. stellt den allgemeinen Grundsatz auf **I. 13.**:

§. 262. Derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Andern verwendet worden, ist dasselbe entweder in Natur zurück, oder für den Werth Vergütung zu fordern berechtigt.

§. 264. Ist die Sache nicht mehr vorhanden, so haftet der Andere für den Werth nur soweit, als derselbe in seinen Nutzen wirklich verwendet ist.

Der Anspruch entsteht nur in Folge der wirklichen Verwendung. Es muß die:

wirklich geschehene Verwendung

nachgewiesen werden. §. 267.

Die §§. 265—267 enthalten nur Vorschriften über den Beweis der Verwendung.

Dagegen reicht es aus:

daß die Verbesserung durch die geschehene Verwendung einmal bewerkstelligt worden, wenn sie gleich in der Folge wieder verloren gegangen ist. §. 273.

Das O. G. B. sagt in gleicher Weise:

§. 1041. Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Andern verwendet worden ist, so kann der Eigenthümer sie in Natur, oder, wenn dieses nicht mehr geschehen kann, den Werth verlangen, den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist.

II. Der Entschädigungsanspruch.

A. Die Beschaffenheit des Besitzes (böser und ungerechtfertigter oder gerechtfertigter guter Glauben).

§. 244.

Wer bei dem Erwerb des Besitzes diejenigen Umstände, welche den Besitz zu einem widerrechtlichen machen, kennt, ist ein Besitzer in bösem Glauben, wer dagegen jene Umstände nicht kennt, ein Besitzer in gutem Glauben. Wem jene Umstände unbekannt blieben, obwohl er bei Prüfung der Gültigkeit seines Besitzes die gewöhnliche Aufmerksamkeit anwandte, ist ein Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben, entgegengesetzten Falles in ungerechtfertigtem guten Glauben.

Im Römischen Recht kam die Lehre von der bonae fidei possessio namentlich durch das Institut der Verjährung zur Ausbildung. Es muß hier auf die spätere Auseinandersetzung verwiesen werden. cf. §. 313. Bezüglich der Vertretungsverbindlichkeit des Besitzers war besonders wichtig ein unter Hadrian ergangenes Senatuskonsult. l. 20 §. 6. D. 5. 3. Dasselbe bezog sich zwar auf den Besitz einer haereditas, allein die darin hervorgehobenen Gesichtspunkte wurden auch maaßgebend bei den specialibus in rem actionibus. l. 7. C. 3. 31. l. 20. §. 6. l. 40. pr. D. 5. 3.

In jenem Senatuskonsult wird ausgegangen von dem Unterschied:

> qui se haeredes existimant,

oder bestimmter:

> qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent,

und:

> qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere. l. c.

Unter letzterem Ausdruck verstand man eine mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vorgenommene eigenmächtige Besitzergreifung:

> quod autem ait senatus: eos, qui bona invasissent, loquitur de praedonibus, id est de his, qui cum scirent, ad se non pertinere haereditatem, invaserunt bona. l. 25. §. 3. D. 5. 3.

man hielt sogar beim Vorhandensein eines Titels die Eigenmächtigkeit der Besitzergreifung für sich allein für entscheidend:

si ex stipulatione tibi Stichum debeam, et non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem, praedo es. Aeque si vendidero, nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es. l. 5. D. 41. 2.

In einem engeren Sinne bezeichnete man nur denjenigen als einen praedo, welcher keine causa possessionis angeben konnte:

scilicet cum nullam causam haberent possidendi. l. 25. §. 3. D. 5. 3.

nec ullam causam possessionis possit dicere; et ideo fur et raptor. l. 13. pr. l. c.

In diesem Sinne sagte man:

nemo praedo est, qui pretium numeravit. l. 126. pr. D. 50. 17.

Man unterschied also den praedo vom malae fidei possessor:

si quis sciens alienam emit haereditatem, quasi pro possessore possidet, et sic peti ab eo haereditatem quidam putant. Quam sententiam non puto veram; nemo enim praedo est, qui pretium numeravit. l. 13. §. 8. D. 5. 3

Anderweit aber wird praedo und malae fidei possessor gleichbedeutend genommen.

Malae fidei possessor ist also:

1) wer gar keinen Titel seines Besitzes hat. Denn dieser ist ein praedo; (Selbst ein titulus putativus gab wohl — abgesehen von der Verjährung — nicht die Rechte der bonae fidei possessio.)
2) wer zwar einen Titel seines Besitzes hat, aber die Unrechtmäßigkeit desselben kennt.

Bonae fidei possessor dagegen ist derjenige Besitzer, welcher:

1) einen wirklichen Titel seines Besitzes hat, und
2) dessen Unrechtmäßigkeit nicht kennt:

bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. l. 109. D. 50. 16.

Es wurde also nur gefordert das Zusammentreffen eines Titels und der bona fides, dagegen nicht eine anderweite Rechtfertigung der bona fides; namentlich ist nicht ersichtlich, daß man den bei der Lehre von der ignorantia geltenden Satz:

ein schuldbares Nichtwissen steht dem Wissen gleich.

auf den Fall der bonae fidei possessio angewendet hätte, so weit es sich um die Vertretungsverbindlichkeit des Besitzers handelte.

Koch (Besitz, 2. Ausgabe, pag. 48.) sagt daher richtig:

> Nach dem Römischen Recht kommt es bloß auf das Faktum des Wissens oder Nichtwissens eines der Rechtmäßigkeit des Besitzes entgegenstehenden Grundes an, ohne Rücksicht auf culpa.

Wenn er aber fortfährt:

> welche nur in Hinsicht der Wirksamkeit des Titels beachtet wird, insofern dem Besitzer der Irrthum, in welchem er sich über die Rechtmäßigkeit des Titels befindet, vermöge seiner Nachlässigkeit (also culpa) zum Vorwurf gereicht,

so widerlegt er selbst seine richtige Bemerkung.

Das A. L. R. unterscheidet sich dadurch vom Römischen Recht, daß es den Begriff des Besitzers in ungerechtfertigtem guten Glauben aufstellt. Es sagt I. 7.:

> §. 11. Wer es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitze, der heißt ein unredlicher Besitzer.
>
> §. 15. Wer schon zur Zeit der Erwerbung des Besitzes bei der Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Besitztitels zu zweifeln, und sich dennoch ohne weitere Untersuchung den Besitz zueignet, der wird bei einer in der Folge sich offenbarenden Unrechtmäßigkeit desselben einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet.

Nur den Besitzer in bösem Glauben also nennt es geradezu einen unredlichen Besitzer, den Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben achtet es nur einem Besitzer in bösem Glauben gleich.

Den Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben nennt es redlichen Besitzer:

> §. 13. Ein bloßer Irrthum in Thatsachen schadet der Redlichkeit des Besitzers nicht, sobald nur der Irrende nicht durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen in einen solchen Irrthum gerathen ist.

Der Begriff des redlichen Besitzers ist also enger, wie im Römischen Recht, indem nur der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben redlicher Besitzer ist.

Dagegen folgt das A. L. R. darin dem Römischen Recht, daß es jederzeit einen Titel fordert. Es macht jedoch insofern eine Ausnahme, als es Denjenigen,

> welcher einen Titel seines Besitzes nicht angeben kann,

bezüglich:

> der Vertretungen, der Nutzungen, Schäden und sonst

einem unredlichen Besitzer nur unter gewissen Bedingungen gleichstellt. §. 38. I. 15. A. L. R.

Das O. G. B. folgt im Wesentlichen dem A. L. R., zwei Modifikationen sind jedoch hervorzuheben;

1) Die Definition des redlichen Besitzers ist minder präzis als die des A. L. R. Denn während das A. L. R. den juristischen Gedanken:

Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit,

zur Norm nimmt, sagt das O. G. B. unbestimmter:

§. 326. Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer.

Gelungener ist dagegen diese Bestimmung darin, daß von dem Vorhandensein eines Titels abgesehen ist.

2) Demnächst sagt es nicht, der Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben sei dem Besitzer in bösem Glauben gleich zu achten, sondern geradezu:

Ein unredlicher Besitzer ist derjenige, welcher weiß oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die in seinem Besitz befindliche Sache einem Andern zugehöre.

Der Code Napoléon folgt lediglich dem Römischen Recht:

Art. 550. Le possesseur est de bonne foi, quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété, dont il ignore les vices.

§. 245.

Wer für seinen Besitz einen auf Eigenthumsübertragung gerichteten Titel nachweist, gilt als Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben. Er verliert die Rechte eines solchen nur, wenn nachgewiesen wird, daß er den Besitz ergriffen hat, obwohl ihm die Ungültigkeit seines Titels bekannt war, oder daß er bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit die Ungültigkeit des Titels würde in Erfahrung gebracht haben.

Im Römischen Recht schloß nur mala fides die bonae fidei possessio aus. Im Falle des Vorhandenseins eines Titels mußte sie besonders dargethan werden.

Nach dem A. L. R. wird auch derjenige einem unredlichen Besitzer gleich geachtet, welcher bei Prüfung der Gültigkeit seines Titels die erforderliche Aufmerksamkeit nicht anwendete. Den Zweifel, ob der Besitzer, wenn er die Rechte eines redlichen Besitzers beansprucht, verpflichtet ist, nachzuweisen, daß er beim Erwerb die erforderliche Aufmerksamkeit angewendet habe, erledigt die Bestimmung: I. 7.:

§. 179. Jeder Besitzer hat in der Regel die Vermuthung der Redlichkeit seines Besitzes für sich.

und im O. G. B.:

§. 328. Die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes muß im Falle eines Rechtsstreites durch richterlichen Ausspruch entschieden werden. Im Zweifel ist die Vermuthung:

für die Redlichkeit des Besitzes.

Von wesentlichem Einfluß sind diese Bestimmungen namentlich im Falle der Verjährung. Kommt es zu einem Rechtsstreit zwischen dem Eigenthümer und dem Verjährenden, so liegt der Anfang des Besitzes meist in einer lange vergangenen Zeit. Die einzelnen Umstände beim Anfang des Besitzes sind in der Regel nicht mehr genau festzustellen, sondern nur das ist zu ermitteln, ob der Besitzer einen Titel hat oder nicht. Zur Begründung der kürzeren Verjährung genügt deshalb die Angabe des Titels. Die Redlichkeit wird vermuthet. Natürlich aber behält der Eigenthümer das Recht, nachzuweisen, daß der Besitzer beim Anfang des Besitzes in bösem Glauben sich befand oder die gehörige Aufmerksamkeit bei Prüfung der Gültigkeit seines Titels nicht anwandte.

In gleicher Weise kann der Besitzer auf Grund eines Titels die Actio Publiciana anstellen und, wenn er vom Eigenthümer in Anspruch genommen wird, durch den Nachweis des Titels sich von den Vertretungen als unredlicher Besitzer liberiren.

Anmerkung. Dem A. L. R. eigenthümlich ist der Begriff des unrechtfertigen Besitzes.

Es sagt I. 7.:

§. 12. Die Unwissenheit der Gesetze entschuldigt den nicht, der seinen Besitztitel irriger Weise für gültig geachtet hat.

§. 14. Wer aber aus Unwissenheit der Gesetze in der Gültigkeit seines Besitztitels irrt, heißt ein unrechtfertiger Besitzer, und wird, wo nicht besondere Ausnahmen gemacht sind, einem unredlichen gleich geachtet. (§§. 232. 239. 240. 241.)

Diese Ausnahmen betreffen:

§. 232. Die Verzinsung eines Kapitals.

§. 239. Die Meliorationen.

§. 240. 241. Die Deteriorationen.

Dagegen behandelt das A. L. R. den Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben ganz so wie den Besitzer in bösem Glauben. Dies ist unangemessen. Da das A. L. R. die Vertretungsverbindlichkeit überhaupt verschieden bestimmt, je nachdem dolus oder culpa Ursache des Schadens ist, so mußte es angemessener Weise dies auch bezüglich des widerrechtlichen Besitzes thun. Es würde deshalb angemessen sein, bezüglich der Meliorationen, Deteriorationen und Früchte zu unterscheiden, jenachdem der Besitzer ein Besitzer in bösem oder ungerechtfertigtem guten Glauben ist.

Demnächst würde es sich auch rechtfertigen lassen, den unrechtfertigen Besitzer dem Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben gleichzustellen, weil bezüglich beider wirklicher dolus nicht vorliegt.

Jedenfalls unangemessen aber ist es, den unrechtfertigen Besitzer besser zu stellen, als den Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben. Denn die ignorantia juris verdient keine Bevorzugung vor der ignorantia facti.

B. Verhaftung des Besitzers.

1. Für Beschädigungen der Sache.

§. 246.

Der Besitzer in bösem und ungerechtfertigtem guten Glauben ist verpflichtet, die Sache vor Schaden zu bewahren; ersterer haftet für jeden Schaden, welcher vermieden worden wäre, wenn die Sache im Besitz des Eigenthümers geblieben wäre, letzterer für jeden Schaden, welcher bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit vermieden worden wäre.

Das Römische Recht sagt:

qui in rem convenitur, etiam culpae nomine condemnatur. Culpae autem reus est possessor, qui per insidiosa loca servum misit, si is periit, et qui servum a se petitum in arena esse concessit et is mortuus sit. Sed et qui fugitivum a se petitum non custodit, si is fugit; et qui navem a se petitam adverso tempore navigatum misit, si ea naufragio peremta sit. l. 36. §. 1. D. 6. 1.

in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae hujus nomine tenetur possessor. l. 91. pr. D. 45. 1.

Cum praedia urbana et rustica negligentia possessorum pejora sint facta, veluti quia vineae, pomaria, horti extra consuetudinem patrisfamilias defuncti culti sunt, litis aestimationem earum rerum, quanto pejores sint factae, possessores pati debent. l. 54. §. 2. D. 5. 3.

Der malae fidei possessor, d. h. der Besitzer in bösem Glauben haftet also nicht für jeden Schaden, welcher vermieden worden wäre, wenn die Sache im Besitz des Eigenthümers geblieben wäre, sondern nur für eine culpose Beschädigung. Diese Bestimmung hat darin ihren Grund, daß man übersah, daß die eigentliche Rechtsverletzung, culpa, schon in der Entziehung des Besitzes liege, und demzufolge noch eine besondere culpa bezüglich der einzelnen beschädigenden Handlung oder Unterlassung für erforderlich hielt.

Das A. L. R. macht in Konsequenz seiner Ansicht über die Zurechnung des Schadens einen Unterschied, jedoch deshalb einen mißlungenen, weil es an Stelle des richtigen Unterschiedes zwischen Besitzer in bösem Glauben (dolus) und Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben (culpa) den Unterschied zwischen dem rechtfertigen und eigentlich unredlichen Besitzer setzt, indem es sagt 1. 7.:

§. 240. Ist die Sache während des unredlichen Besitzes verschlimmert worden, so muß:

1) der unrechtfertige Besitzer jedes mäßige,
2) der eigentlich unredliche hingegen selbst das geringste Versehen vertreten.

§. 241. Auch den Zufall muß der eigentlich unredliche Besitzer tragen, wenn nicht ausgemittelt werden kann, daß der Zufall die Sache im Besitz des Eigenthümers ebenfalls würde getroffen haben.

Diese Unterscheidung würde richtig sein, wenn zwischen dem Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben und in bösem Glauben in angegebener Weise unterschieden würde. Wie sie lautet ist sie unrichtig. Unter dem Ausdruck „eigentlich unredlicher Besitzer", ist nämlich nicht allein der Besitzer in bösem Glauben, sondern auch der Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben zu verstehen, und es ist unrichtig, letzteren Besitzer für alle Folgen seiner Handlungen und Unterlassungen verantwortlich zu machen, namentlich also für die nur durch den Hinzutritt eines Zufalls entstehenden Folgen. Ein solcher Besitzer ist vielmehr nur verantwortlich, insofern er bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit den Schaden vermeiden konnte. Es leuchtet ein, daß das Verschulden eines solchen Besitzers nicht schlimmer ist, als das Verschulden dessen, welcher nur aus Unwissenheit der Gesetze seinen Besitz für einen rechtmäßigen hält, und daß es also unangemessen ist, ihm eine größere Verantwortlichkeit aufzulegen, als dem sogenannten unrechtfertigen Besitzer. Soweit die citirten Paragraphen sich auf den Besitzer in bösem Glauben beziehen, sind dagegen dieselben richtig.

Das O. G. B. sagt:

Der unredliche Besitzer ist verbunden, allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen. §. 335.

Nach der Regel des §. 1324.:

daß im Falle böser Absicht und auffallender Sorglosigkeit volle Genugthuung, im Falle der culpa nur die eigentliche Schadloshaltung zu gewähren.

kann man annehmen, es sei auch bezüglich des Besitzers zu unterscheiden, ob derselbe sich in bösem oder in gerechtfertigtem guten Glauben befindet. Dafür kann man insbesondere anführen, daß dem allgemeinen Grundsatz des §. 1331. entsprechend der Besitzer im §. 335. für den Werth der besonderen Vorliebe verantwortlich

gemacht wird. Man muß dann die Wort „allen Schaden" gleichbedeutend mit dem allgemeinen Ausdruck „Ersatz" verstehen. In diesem Sinne wäre die Bestimmung des §. 335. richtig. Man kann aber auch sagen, die Worte „allen Schaden" sind nicht gleichbedeutend mit dem Ausdruck „Ersatz", sondern sie bezeichnen eben allen Schaden, d. h. allen Schaden, welcher vermieden worden wäre, wenn der Eigenthümer im Besitz geblieben wäre. In diesem Sinne ist die Bestimmung bezüglich des Besitzers in ungerechtfertigtem guten Glauben unrichtig.

Der Code Napoléon erwähnt nicht speziell die Vertretungsverbindlichkeit des Besitzers gegenüber dem Eigenthümer. Man muß auf die allgemeinen Grundsätze zurückgehen, welche:

de la perte de la chose due

aufgestellt werden:

lorsque le corps certain et déterminé, qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perde de manière qu'on en ignore absolument l'existence.

Dem Römischen Recht entsprechend heißt es:

l'obligation est éteinte si la chose est périe ou a été perdue sans la faute du débiteur, et avant qu'il fût en demeure. Art. 1302.

Handelt es sich um Deteriorationen, so wird man den Satz anwenden müssen:

le débiteur d'un corps certain et déterminé

haftet unter der Voraussetzung:

que les détériorations qui y sont survenues viennent de son fait ou de sa faute. Art. 1245.

Zu bemerken ist hierbei, daß im Falle der condictio indebiti das A. L. R. und O. G. B. die Grundsätze von der Vertretung des Besitzers gegen den Eigenthümer anwenden, A. L. R. §§. 189. 190. I. 16.; O. G. B. §. 1437.; der Code Napoléon dagegen in diesem Falle nicht bloß verantwortlich macht:

si la chose est périe ou détériorée par sa faute;

sondern bestimmt:

il est même garant de sa perte par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi. Art. 1379.

§. 247.

Wer vermöge einer unter Strafe stehenden Handlung sich in Besitz setzt, haftet für den zufälligen Schaden und den Werth der besonderen Vorliebe.

Das Römische Recht sagt:

subtracto furto vel vi abrepto mancipio, quamvis hoc rebus humanis non oblatum fuerit exemplum: tam ad raptorem quam ad furem periculum redundabit. l. 9. C. 6. 2.

Inter omnes constat, etiam si extincta sit res furtiva, attamen furti remanere actionem adversus furem. Proinde mortuo quoque homine, quemquis furto abstulit, viget furti actio. Competit enim actio non ideo, quia nunc abest, sed quia unquam beneficio furis abfuerit. Hoc idem in condictione quoque placet; nam condici furti potest, etiam si res aliqua ratione extincta. l. 46. pr. D. 47. 2.

Als Grund wird angegeben:

quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit au ferre, moram facere. l. 20. D. 13 1.

semper enim moram fur facere videtur. l. 8. §. 1. D. 13. 1.

Das A. L. R. sagt 1. 7.:

§. 242. Wer mittelst einer durch Strafgesetze verbotenen Handlung zum Besitze einer Sache gelangt ist, kann sich gegen den Ersatz der Verschlimmerungen durch den Einwand, daß dieselben bloß zufällig entstanden wären, niemals schützen.

Das O. G. B. sagt:

In dem Falle, daß der unredliche Besitzer durch eine in den Strafgesetzen verbotene Handlung zum Besitz gelangt ist, erstrecket sich der Ersatz bis zum Werthe der besonderen Vorliebe. §. 335.

Der Code Napoléon sagt:

de quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui, qui l'a soustraite, de la restitution du prix. Art. 1302.

§. 248.

Der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben haftet für den an der Sache entstandenen Schaden gar nicht.

Im Römischen Recht wird dies ausdrücklich gesagt bezüglich des bonae fidei possessor einer haereditas.

bonae fidei possessor . , . quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subjectus est. l. 31. §. 3. D. 5. 3.

si quid dilapidaverunt, perdiderunt (scil.: bonae fidei

possessores), dum re sua se abuti putant, non praestabunt. l. 25. §. 11. l. c.

Was den bonae fidei possessor einer einzelnen Sache anbelangt, so ist dasselbe anzunehmen.

Es kommen zwar vielfach Stellen vor, in welchen der bonae fidei possessor für culpa verantwortlich gemacht und namentlich die actio legis Aquiliae gegen ihn gegeben wird. cf. l. 21. l. 13. l. 27. §. 2. l. 36. §. 1. D. 6. 1. l. 11. §. 7. D. 9. 2. l. 91. pr. D. 45. 1., allein diese Stellen sind auf den Fall zu beziehen, wenn in Folge der Litiscontestation die Verpflichtung zur Vertretung der culpa begründet ist:

caeteros etiam de culpa sua, inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam. l. 45. l. 18. D. 6. 1.

Koch meint I. 266:

Der redliche Besitzer haftet wegen der Beschädigungen der Sache für dolus und culpa lata.

allein diese Annahme beruht auf einem Mißverständniß des Begriffs dolus praeteritus. cf. §. 252.

Das A. L. R. enthält die schon mehrfach als unrichtig hervorgehobene Bestimmung I. 7.:

§. 219. Für Verschlimmerungen der Sache, die sich während seiner Besitzzeit ereignet haben, darf der redliche Besitzer nur insofern haften, als sie durch sein grobes Versehen entstanden sind.

Die von Bornemann mitgetheilten Aeußerungen von Suarez ergeben, daß diese Bestimmung Folge einer unrichtigen Auffassung der Sache ist. II. 275.

Suarez meint:

Der Eigenthümer muß alle wirklichen Meliorationen erstatten und sollte doch gar keinen Ersatz der Deteriorationen fordern können!

Es ist hier der wesentliche Unterschied des Anspruchs auf Erstattung der Meliorationskosten und des Entschädigungsanspruchs wegen Deteriorationen übersehen. Ersterer Anspruch gründet sich auf nützliche Verwendung, letzterer auf culpa. Wo aber eine culpa nicht vorliegt, kann auch ein Entschädigungsanspruch nicht eintreten. Ist die Deterioration zugleich eine Verwendung, so muß auch der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben den Werth des Verwendeten erstatten, aber nicht wegen culpa, sondern wegen Verwendung.

Ist eine Sache theilweise meliorirt und theilweise deteriorirt, so hat keineswegs der Eigenthümer die Meliorationen zu ersetzen und die Deteriorationen zu tragen, sondern es ist dann erst durch eine Gegenüberstellung der Meliorationen und Deteriorationen zu ermitteln:

ob die Sache meliorirt oder deteriorirt ist.

Bei dieser Gegenrechnung ist eine etwaige culpa etwas gänzlich Gleichgültiges.

Ist hiernach die Sache im Ganzen meliorirt, so haftet der Eigenthümer aus der versio in rem. Ist sie im Ganzen deteriorirt, so trägt er den Schaden.

Suarez sagt ferner:

Wie, wenn der Besitzer den Wald umgehauen und das Geld zu Kapital gemacht und es durchgebracht hat?

In diesem Falle haftet der Besitzer, sofern er aus der Substanz der Sache in sein Verwögen etwas verwendet hat, für den Werth des Verwendeten, und es kommt gar nicht darauf an, um einen Anspruch zu begründen, nachzuweisen, daß er ein grobes Versehen beging. Für diesen Fall gelten die Vorschriften bezüglich der nützlichen Verwendung und §§. 28. ff. A. L. R. 1. 15.

Suarez sagt endlich:

Wie, wenn er die Gebäude zusammenfallen läßt und die Revenüen verschwendet?

Hier sind wieder zwei verschiedene Gesichtspunkte verwechselt.

Die Revenüen erhält der redliche Besitzer vermöge seines Rechts auf die Früchte. Verschwendet er sie, anstatt sie nach wirthschaftlichen Grundsätzen auf die Sache zu verwenden, so ist er dafür nicht verantwortlich, weil die Früchte sein Eigenthum sind, und er wegen seines gerechtfertigten guten Glaubens für einen Schaden, der die Sache in Folge seiner Handlungen oder Unterlassungen leidet, nicht verantwortlich ist.

Das O. G. B. bestimmt sachgemäß:

§. 329. Ein redlicher Besitzer kann schon allein aus dem Grunde des redlichen Besitzes die Sache, die er besitzt, ohne Verantwortung nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen.

Der Code Napoléon enthält keine ausdrückliche Bestimmung.

Wendet man die allgemeinen Bestimmungen:

l'obligation est éteinte, si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur, et avant qu'il fût en demeure. Art. 1302.

und:

le débiteur d'un corps certain et détérminé haftet si les détériorations qui y sont survenues viennent de son fait ou de sa faute. Art. 1245.

auch auf den Fall des redlichen Besitzes an, so ergiebt sich der Satz:

der bonae fidei possessor haftet für culpa,

aber es fehlt dann eine Bestimmung:

wenn eine culpa des bonae fidei possessor anzunehmen ist.

II. Für entzogene Nutzung der Sache.

§. 249.

Der Besitzer in bösem Glauben haftet für alle Nutzungen der Sache, welche der Eigenthümer hätte ziehen können; der Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben für alle Früchte, welche durch eine gewöhnliche wirthschaftliche Nutzung aus der Sache zu gewinnen waren.

Soweit die Früchte vorhanden sind, sind sie zu restituiren, so weit sie konsumirt sind, ist deren Werth zu ersetzen. Hier handelt es sich nur um den Schaden, welcher dem Eigenthümer daraus entsteht, daß ihm die Nutzung der Sache entgangen ist (fructus percipiendi).

Das Römische Recht bestimmt in Konsequenz seines Grundsatzes, daß im Falle eines Verschuldens der individuelle Schaden zu ersetzen ist, dasselbe auch wegen der entzogenen Nutzungen:

> generaliter, cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset; quam sententiam Julianus quoque probat. l. 62. §. 1. D. 6. 1.

Das A. L. R. dagegen, ausgehend von dem Grundsatz, daß die Schätzung des Schadens eine verschiedene ist, jenachdem dolus oder culpa Ursache des Schadens ist, macht auch bezüglich der dem Eigenthümer durch den Besitzer entzogenen Nutzungen einen Unterschied. Dies ist angemessen und steht keineswegs, wie Bornemann zu meinen scheint II. 280., mit den allgemeinen Grundsätzen im Widerspruch. Es enthält auch das A. L. R. die richtige Bestimmung I. 7.:

> §. 229. Wer es weiß, daß die Sache, die er als seine eigene besitzt, einem Andern zugehöre, der muß auch diejenigen Früchte und Nutzungen, welche der rechtmäßige Eigenthümer wirthschaftlich hätte genießen können, demselben vergüten.

Unrichtig ist dagegen die für den Fall des Besitzes in ungerechtfertigtem guten Glauben geltende Bestimmung:

> §. 223. Der unredliche Besitzer muß . . diejenigen Früchte und Nutzungen, welche er während seines unredlichen Besitzes genossen hat, vergüten.

Denn wenn der Besitzer in Folge einer unwirthschaftlichen Art der Nutzung den Eigenthümer beschädigt, so ist er dafür verant-

wortlich, denn bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit nutzt man eine Sache wirthschaftlich.

Das O. G. B. wendet den allgemeinen Grundsatz des §. 1324. nicht an, sondern verordnet allgemein:

§. 335. Der unredliche Besitzer ist verbunden, nicht nur alle durch den Besitz erlangten Vortheile zurückzustellen, sondern auch diejenigen, welche der Verkürzte erlangt haben würde . . zu ersetzen.

Der Code Napoléon braucht nur den unbestimmten Ausdruck:
il est tenu de rendre les produits. Art. 549.

§. 250.

Die auf die Erzeugung der Früchte verwendeten Kosten sind dem Besitzer bis zum Betrage des Werths der zu restituirenden oder zu vergütenden Früchte insoweit zu erstatten, als sie nach wirthschaftlichen Grundsätzen erforderlich waren, dem Besitzer in bösem Glauben jedoch nur insoweit sie auch der Eigenthümer hätte verwenden müssen.

Das Römische Recht sagt:

fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt. l. 36. §. 5. D. 5. 3.

quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur, ipsos fructus deminuere debere. l. 46. D. 22. 1.

und bestimmter:

hoc fructuum nomine continetur, quod justis sumptibus deductis superest. l. 1. C. 7. 51.

et ut in caeteris rebus fructus deductis necessariis impensis intelligitur, ita et in operibus servorum. l. 4. l. 6. §. 3. D. 7. 7.

Dieser Grundsatz galt speziell:

etiam in praedonibus. l. 36. §. 5. D. 5. 3.

Das A. L. R. gestattet den Abzug der Gewinnungskosten insoweit I. 7.:

als dieselben nach der in jeder Provinz und Gegend gewöhnlichen Art des Betriebes wirthschaftlich verwendet worden. §. 233.

oder in Ermangelung einer ordentlichen Rechnung:

als nach dem Gutachten der Sachverständigen zur Nothdurft erforderlich gewesen. §. 234.

Das O. G. B. enthält keine bezügliche Bestimmung.

Der Code Napoléon sagt unbestimmt:

> Art. 548. Les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire, qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et semences faits par un tiers.

also den Worten nach ohne Rücksicht auf wirthschaftliche Verwendung.

Daß dem Besitzer in bösem Glauben die Gewinnungskosten nur insoweit zu erstatten sind, als sie auch der Eigenthümer hätte verwenden müssen, ist eine Folge des Grundsatzes, daß der Eigenthümer dem Besitzer in bösem Glauben gegenüber keinerlei Art von Schaden zu tragen hat, denn wenn er mehr zu erstatten hätte, als ihm die Gewinnung der Früchte gekostet hätte, würde er Schaden leiden.

III. Für anderweiten Schaden.

§. 251.

Der dem Eigenthümer anderweit aus der Entziehung des Besitzes entstehende Schaden ist vom Besitzer in bösem Glauben unbedingt und vom Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben insofern zu vertreten, als er denselben bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit voraussehen konnte.

Dieser Satz enthält eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes über Ersatz des Schadens, angewandt auf das Verhältniß des Eigenthümers zum widerrechtlichen Besitzer. Daß die Verhaftung für den Schaden nach der Beschaffenheit des Besitzes bestimmt wird, hat darin seinen Grund, daß die eigentliche Rechtsverletzung in der Entziehung des Besitzes liegt.

Im Römischen Recht haftete der malae fidei possessor überhaupt nur für culpa, also auch soweit es sich um den Schaden, welcher nicht die Sache selbst betraf, handelte.

Das A. L. R. sagt bezüglich dieses Falles 1. 7.:

> §. 244. Ueberhaupt muß der unredliche Besitzer dem Eigenthümer oder rechtmäßigen Besitzer alles ersetzen, was derselbe durch die Vorenthaltung des Besitzes erweislich verloren hat.

Den Worten nach findet also kein Unterschied statt, jenachdem der Besitzer in bösem Glauben oder in ungerechtfertigtem guten Glauben besitzt.

Den allgemeinen Grundsätzen des A. L. R. entsprechend ist es jedoch, einen solchen Unterschied zu machen.

Das O. G. B. verpflichtet ebenfalls unbedingt zum Ersatz:

allen durch seinen Besitz entstandenen Schadens und derjenigen Vortheile, die der Verkürzte erlangt haben würde. §. 335.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

C. Umwandlung des Besitzes in gutem Glauben in Besitz in bösem Glauben.

§. 252.

Der Besitzer in gutem Glauben haftet, gleich einem Besitzer in bösem Glauben, von dem Augenblick an, in welchem er die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes kennt.

Bezüglich des Besitzers einer Erbschaft wird im Römischen Recht gesagt:

de eo autem loquitur senatus, qui ab initio mente praedonis res haereditarias apprehendit. Quod si ab initio quidem justam causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius ad se nihil haeridatem pertinere, praedonio more versari coepit, nihil senatus loqui videtur.

Man ergänzte jedoch die Mangelhaftigkeit des Gesetzes in der Weise:

puto tamen, et ad eum mentem senatusconsulti pertinere; parvi etenim refert, ab initio quis dolose in haereditate sit versatus, an postea hoc facere coepit. l. 25. §. 5. D. 5. 3.

Es wurde also gleich einem praedo behandelt derjenige, welcher die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes in Erfahrung gebracht hatte. Die Stellen:

qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur; hic est enim dolus praeteritus. l. 25. §. 7. l. c.

ut dolus praeteritus in haereditatis petitionem veniat. l. 27. §. 3. D. 6. 1.

haben also keineswegs den Sinn, der praedo hafte nur für dolus, denn er haftete auch für culpa, sondern es soll damit gesagt sein:

Von dem Augenblick an, wo Jemand die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes kennt, ist er als ein praedo anzusehen, er haftet also wegen seines dolus gleich demjenigen, welcher ab initio ein praedo ist.

In diesem Sinne sagte man auch vom Besitzer einer einzelnen Sache:

cum enim in haereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum, per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci. l. 27. §. 3. D. 6. 1.

Die Stelle:

si homo sit, qui post conventionem restituitur, siquidem a bonae fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo, debere caeteros etiam de culpa sua. l. 45. l. 18. D. 6. 1.

hat also auch nur den Sinn:

Der malae fidei possessor haftet für culpa, der bonae fidei possessor aber nur insofern, als er von der Rechtswidrigkeit seines Besitzes vor der litis contestatio Kenntniß erhalten hatte (dolus praeteritus).

keineswegs aber soll damit gesagt sein, wie Koch meint I. 266.:

Der redliche Besitzer haftet wegen der Beschädigungen der Sache für dolus und culpa lata.

Das A. L. R. sagt I. 7.:

§. 17. Von dem Zeitpunkte aber, da Jemand von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes überführt worden, ist er für einen unredlichen Besitzer zu achten.

§. 16. Dagegen verliert der, bei welchem erst nach schon erworbenem Besitz bloße Zweifel über die Rechtmäßigkeit desselben entstehen, dadurch noch nicht die Eigenschaft und die Rechte eines redlichen Besitzers.

Das Ö. G. B. enthält keine ausdrückliche Bestimmung.

Der Code Napoléon sagt bei Gelegenheit des Fruchterwerbes:

Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus. Art. 550.

D. Schätzung des Schadens.

§. 253.

Die Schätzung des Schadens erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen, jenachdem der Besitz ein Besitz in bösem Glauben oder in ungerechtfertigtem guten Glauben ist.

Nach der Ansicht des Römischen Rechts ist die einzelne beschädigende Handlung entscheidend. Ist diese eine culpose, so haftet der Besitzer für das Interesse:

Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo·

minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. l. 68. D. 6. 1.

War dagegen die beschädigende Handlung eine dolose, so wurde der Eigenthümer zum Juramentum in litem verstattet:

si non potest restituere, si quidem dolo fecit, quominus possit, is, quantum adversarius in litem juraverit damnandus est. l. c.

Das A. L. R. spricht sich im Allgemeinen über die Schätzung des Schadens nicht aus.

Es steht also an sich nichts entgegen die allgemeinen Grundsätze des 6. Titels anzuwenden. Namentlich hat es wohl nicht in der Absicht des A. L. R. gelegen, durch die Bestimmung 1. 7.:

§. 244. Ueberhaupt muß der unredliche Besitzer dem Eigenthümer alles ersetzen, was derselbe durch die Vorenthaltung des Besitzes erweislich verloren hat.

den Ersatz des entgangenen Gewinnes auszuschließen oder unbedingt zum Ersatz des individuellen Schadens zu verpflichten.

In einzelnen Fällen werden jedoch abweichende Grundsätze aufgestellt, namentlich bezüglich:

a) der verzehrten oder veräußerten Früchte. §. 225. ff. 1. 7. indem kein Unterschied gemacht wird zwischen dem Besitzer in bösem und ungerechtfertigtem guten Glauben.

b) und bezüglich eines herauszugebenden Kapitals:

Der unredliche Besitzer muß Zinsen nach dem höchsten gesetzmäßig erlaubten, der bloße unrechtfertige Besitzer aber nach dem landüblichen Satze, durch die ganze Zeit seines Besitzes, statt der Nutzung entrichten. §. 232. 1. 7.

Anstatt dieses Unterschiedes ist richtiger zwischen dem Besitzer in bösem Glauben und dem Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben zu unterscheiden, und zwar in der Art, daß der Besitzer in bösem Glauben dem Eigenthümer allen Schaden und entgangenen Gewinn der Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben aber insoweit, als er denselben bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit voraussehen konnte, ersetzen muß.

Das O. G. B. enthält keine ausdrückliche Bestimmung, jedoch läßt sich die Bestimmung des §. 335. dahin deuten:

Der Besitzer hafte unbedingt für allen Schaden und entgangenen Gewinn.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

Zweites Kapitel.

Verletzung der aus Verträgen entspringenden Verpflichtungen.

Bezüglich der aus Verträgen entspringenden Verpflichtungen besteht die Rechtsverletzung in der Nichtleistung des Versprochenen,

also ebensowohl in der Nichtgewähr des Versprochenen, als in der dem Kontrakt nicht entsprechenden Erfüllung.

Die entstehenden Ansprüche sind verschieden, jenachdem der Vertrag bestehen bleibt oder aufgehoben wird.

I. Ansprüche aus bestehen bleibenden Verträgen.

Unmittelbar aus dem Vertrage entspringt der Anspruch:

1) auf Gewähr des Versprochenen;
2) auf Erfüllung.

Dabei tritt jedoch folgender Unterschied hervor:

Der Anspruch auf Gewähr des Versprochenen ist ein unbedingter, d. h. er besteht ohne alle Rücksicht auf Verschulden des Verpflichteten, und er geht im Falle der Nichtgewähr auf verhältnißmäßige Herabsetzung der Gegenleistung.

Der Anspruch auf Erfüllung ist zwar in dem Sinne ein unbedingter, daß er unmittelbar aus dem Vertrage folgt, aber er ist insofern durch das Verschulden des Verpflichteten bedingt, als er beseitigt wird, wenn die Erfüllung ohne Verschulden des Verpflichteten unmöglich wird, indem in einem solchen Falle die Verpflichtung resp. der Vertrag aufgehoben wird. cf. §. 158.

Mittelbar entstehen Ansprüche aus Verträgen in Folge Verschuldens des Verpflichteten, und zwar im Falle der Nichtgewähr des Versprochenen in Folge Verschuldens beim Abschluß des Vertrages, und im Falle der nicht kontraktmäßigen Erfüllung in Folge Verschuldens bei der Erfüllung.

Es ist daher nachstehend zu handeln:

1) von dem Anspruch wegen Nichtgewähr des Versprochenen;
2) von dem Anspruche wegen unterbleibender kontraktmäßiger Erfüllung.

Insoweit in vorstehenden Fällen ein Verschulden des Verpflichteten vorliegt, kommt die Schätzung des Schadens in Betracht. Dieselbe erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen, d. h. es ist zu unterscheiden, ob nur ein Verschulden oder eine vorsätzliche Rechtsverletzung vorliegt.

A. Der Anspruch wegen Nichtgewähr des Versprochenen.

§. 254.

Wem das Versprochene nicht gewährt wird, der kann verhältnißmäßige Herabsetzung seiner Gegen-

leistung fordern und außerdem, soweit dem Verpflichteten beim Abschluß des Vertrages ein Verschulden zur Last fällt, Entschädigung.

Im Falle:

A. Der Eviction ging nach Römischem Recht die Klage immer auf das Interesse, d. h. auf Entschädigung.

Es wird zwar gesagt:

nihil venditor praestabit (pro evictione) praeter simplam evictionis nomine.

und:

et ex natura ex empto actionis hoc, quod interest. l. 60. D. 21. 2.

Dies ist jedoch nicht dahin zu verstehen, daß auf Grund der Eviktion nur ein Anspruch auf das simplum, und nur in Folge Hinzutritts eines Verschuldens ein Anspruch auf das Interesse statt habe, sondern dahin, daß im Falle der Eviktion allemal außer dem Anspruch auf das simplum auch ein Anspruch auf das Interesse entsteht:

evicta re, ex empto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id, quod interest, competit. l. 70. D. 21. 2.

non enim pretium continet tantum (empti judicium) sed omne, quod interest emptoris, servum non evinci. l 43. D. 19. 1.

quanti ejus interest, hominem venditoris fuisse. l. 8. D. 21. 2. l. 29. C. 8. 45.

nam super pretio evictae portionis . . . auctricem conveniri, consequens est. l. 16. C. 8. 45.

Unter dem simplum, pretium ist der Werth des Entzogenen gemeint, resp. die Werthsverminderung der erworbenen Sache, soweit eine theilweise Eviktion statt gehabt hat, und zwar zur Zeit des Vertragsabschlusses.

Es wird daher verordnet:

1) Im Falle der Eviktion der ganzen Sache:

si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, jure non deminuetur evictionis obligatio, non magis, quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit; nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta. l. 64. pr. D. 21. 2.

Weil der Käufer aber auch das Interesse zu fordern hatte, so mußten ihm die Meliorationen der Sache, soweit er sie nicht vom Evinzirenden erstattet erhielt, vergütet werden; ebenso hatte er die selbstverursachten Deteriorationen zu vertreten. Daher wird gesagt:

quanti sua interest, actor consequatur, scilicet ut

melioris aut deterioris agri facti causa, finem pretii, quo fuerat tempore divisionis aestimatus, deminuat vel excedat. l. 66. §. 3. l. c.

und:

ergo et si minor esse coepit, damnum emptoris erit. l. 70. l. c.

2) im Falle einer nur theilweisen Eviktion:

bonitatis aestimationem faciendam, cum pars evincitur, Proculus recte putabat, quae fuisset venditionis tempore, non cum evinceretur. l. 13. l. c.

Soweit der entzogene Theil für sich allein schätzbar war, wurde dessen Werth geschätzt:

quodsi certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi: pro bonitate loci erit regressus. Quid enim, si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro utilissimum? Aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus. l. 1. l. c.

si quid ex his finibus evinceretur, pro bonitate ejus emptori praestandum. l. 45. l. c.

si ususfructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. l. 15. §. 1. l. c.

evicta re vendita ex empto erit agendum de eo, quod accessit; quemadmodum ea, quae emto fundo nominatim accesserunt, si evicta sint, simplum praestatur. l. 16. pr. l. c.

soweit jedoch durch die Entziehung des Theils der Werth des Ganzen verringert wurde, war diese Werthsverringerung zu vergüten:

sed et si servus evincatur, quanti minoris ob id praedium est. l. 15. §. 1. l. c.

War nur ein quantitativer Theil des Rechts entzogen, so wurde der Werth des entzogenen Theils quantitativ bestimmt:

sed cum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis. l. 1. l. c.

Koch meint mit Unrecht, es sei:

im Römischen Recht die Entschädigung mit Rücksicht auf das für das Ganze gegebene pretium

bestimmt worden. II. 402.

Der Kaufpreis kam gar nicht in Betracht, sondern immer nur der Werth des gegebenen Ganzen:

sumitur portio ex pretio, quod totum colligendum est ex omnibus jugeribus dictis. l. 69. §. 6. l. 64. §. 3. l. c.

Nur die Ausnahme fand statt:

si singula jugera venierint certo pretio, tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quae evicta fue-

rint, praestandum, etiamsi ea, quae meliora fuerunt, evicta sint. l. 53. pr. l. c.

Auch im Falle der locatio ging die Klage auf das Interesse:

ut ei praestetur, frui quod conduxit licere. l. 9. pr. D. 19. 2.

anscheinend auch in dem Falle, wenn:

possessio partis non praestatur. l. 15. §. 1. l. c.

Das A. L. R. geht von der richtigen Ansicht aus:

1) Auf Grund der Eviktion findet verhältnißmäßige Herabsetzung der Gegenleistung statt.

Daher erhält der Käufer:

a) im Falle der Eviktion der ganzen Sache das gezahlte Kaufgeld. §§. 154. 161. 1. 11.

Im Falle des Tausches wird die für die evinzirte Sache erhaltene Sache zurückgegeben. §. 368.

b) im Falle einer nur theilweisen Eviktion wird zwar der:

Werth des entzogenen Theils

nach dem Anschlage oder durch Abschätzung bestimmt, §. 170.

es wird jedoch ferner verordnet:

§. 171. Doch kann der Käufer, auch wenn ihm Vergütung zukommt, dieselbe nur nach Verhältniß des Anschlags oder der Taxe des Ganzen gegen den verabredeten mindern Kaufpreis fordern.

Ist insbesondere ein Inbegriff beweglicher Sachen verkauft worden, so wird gesagt:

es finde alles statt, was wegen entzogener einzelner Sachen überhaupt Rechtens ist. §. 173.

Damit ist gemeint, es ist der für das einzelne Stück verhältnißmäßig zu ermittelnde Kaufpreis zu erstatten. Nur in dem Falle:

wenn ein besonderer Preis für jedes Stück verabredet worden ist, dient dieser bei der dem Käufer gebührenden Vergütung zum Maaßstabe. §. 174.

Ueberall also kommt der Kaufpreis in Betracht. Daher wird auch m Falle des Tausches bestimmt:

§. 370. Ist einem der Kontrahenten nur ein Theil der eingetauschten Sache durch den Anspruch eines Dritten entzogen worden, so müssen beide vertauschte Sachen abgeschätzt und sodann der Werth des entzogenen Theils verhältnißmäßig bestimmt werden.

Nur in folgenden Fällen scheint es auf das Verhältniß des Werths des entzogenen Theils zum Kaufpreise nicht anzukommen, wenn es sich handelt:

a) um Abgaben, welche in Geld und Naturalien bestehen;

denn es wird gesagt:

sie müssen nach dem landüblichen Zinsenfuß zu Kapital ge-

gerechnet und nach diesem Kapital die Vergütung bestimmt werden. §. 189.

b) um eine Last, die in Handlungen oder Leistungen besteht und sich nicht auf eine jährliche Geldsumme zurückbringen läßt;

denn es wird gesagt:

sie muß nach dem Maaß geschätzt werden, als der wahre Werth des Grundstückes durch diese Last vermindert wird. §. 190.

Es scheint, daß man an eine zum Kaufpreis ins Verhältniß zu setzende Vergütung nicht gedacht hat.

2) Außerdem haftet der Verkäufer:

nach Verhältniß seiner obwaltenden Verschuldung. §§. 155. 168.

Wenn es ferner heißt:

für den etwa noch außerdem bei dem Kaufsgeschäfte erlittenen wirklichen Schaden. §. 155.

so steht dies in Widerspruch mit den allgemeinen Grundsätzen. cf. §. 261.

Für den Fall einer theilweisen Eviktion gelten dieselben Grundsätze. §. 169.

Im Falle des Mieth- und Pachtvertrages wird bei Schmälerung der Nutzungen verpachteter Grundstücke und Gerechtigkeiten durch Eviktion der Sache gesagt, der Verpächter müsse den Pächter:

vertreten und schadlos halten. §. 419. 1. 21.

Nach dem O. G. B. findet:

1) unbedingt „Ersatz des Schadens" statt,

also abgesehen von Verschulden,

2) und:

dafern der andere Theil unredlich gehandelt hat,

auch:

Vergütung des entgangenen Nutzens. §. 932.

Im Falle des Bestandvertrages wird der Fall der Eviktion nicht besonders erwähnt.

Der Code Napoléon schließt sich zwar dem Römischen Recht an, jedoch mit der Maaßgabe, daß er:

1) im Falle der Eviktion der ganzen Sache:

restitution du prix. Art. 1630.

eintreten läßt, d. h. Restitution des Kaufpreises.

Es wird also der Vertrag aufgehoben. cfr. §§. 261. 262.

2) im Falle einer theilweisen Eviction du fonds vendu gilt der Satz:

la valeur de la partie dont l'acquéreur se trouve évincé lui est remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionellement au prix total

de la vente; soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur. Art. 1637.

und im Falle:

si l'héritage vendu se trouve grevé de servitudes non apparentes,

findet:

une indemnité. Art. 1638.

statt.

Was das Interesse anbelangt, so ist:

1) im Falle der Eviktion der ganzen Sache anscheinend unbedingt das Interesse zu prästiren, denn es heißt unbedingt, der Käufer könne fordern:

les dommages et intérêts. Art. 1630.

2) Am Ende der Fälle einer theilweisen Eviktion aber wird gesagt:

Art. 1639. Les autres questions auxquelles peuvent donner lieu les dommages et intérêts résultant pour l'acquéreur de l'inexécution de la vente doivent être décidées suivant les règles générales établies au titre des contrâts ou des obligations conventionelles en général.

Man hat also auf diejenigen Bestimmungen verwiesen, nach denen zu unterscheiden ist, ob dem Kontrahenten dol zur Last fällt oder nicht.

B. Im Falle der Nichtgewähr der versprochenen Eigenschaften unterscheidet das Römische Recht:

a) den Fall eines ausdrücklichen Versprechens. Die Klage geht unbedingt auf das Interesse:

hanc stipulationem, furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse, . . . hoc enim continere, quod interest, horum quid esse, vel horum quid non esse. l. 31. D. 21. 2.

quid tamen, si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonae frugi et fidum, et caro vendidit? videamus an ex empto teneatur? Et putem, teneri. Atqui ignoravit; sed non debuit facile, quae ignorabat, adseverare. l. 13. §. 3. D. 19. 1.

2) Wenn ein ausdrückliches Versprechen nicht vorlag, so wurde unterschieden:

1) si sciens reticuit, et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei . . quanti emptoris interfuit non decipi. l. 13. pr.. §. 1. l. c.

b) si ignorans fecit . . si ignorans vendiderit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse sciissem . . . quanti minoris empturus esset. l. 13. pr. §. 1. l. c.

Es wurde also zwischen Wissen und Nichtwissen unterschieden. Derselbe Grundsatz galt im Falle der locatio conductio:

si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes. l. 19. §. 1. D. 19. 2.

Es wurde jedoch auch im Falle der ignorantia in gewissen Fällen ein Anspruch auf das Interesse gegeben. Denn es heißt:

si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest, nec ignorantia ejus erit excusata; et ita Cassius scripsit. eod. l. c.

Im Falle des Kaufs scheint man denselben Grundsatz angenommen zu haben. Es galt die Regel:

vas omnimodo integrum praestari debet. l. 6. §. 4. D. 19. 1.

Der Fall, wenn ein ausdrückliches Versprechen nicht vorlag, wird zwar nicht ausdrücklich entschieden. Es wird jedoch dabei gesagt:

quod et in locatis doliis praestandum Sabinum respondisse Minucius refert. eod. l. c.

Es scheint also, daß nicht bloß die Frage;

ob Vertretung zu leisten?

sondern auch die Frage:

ob das Interesse zu prästiren?

in gleicher Weise beantwortet werden soll, wie im Fall der dolia locata resp. wie im Falle eines ausdrücklichen Versprechens, d. h.:

si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi. eod. l. c.

In ähnlicher Weise heißt es:

Labeo libro Posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emtori praestandum, quod interest, si ignorans interpola emerit; quam sententiam et Pomponius probat.

es wird jedoch auch hier ein Unterschied gemacht:

in qua et Julianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit. l. 45. D. 18. 1.

Das A. L. R. sagt 1. 5.:

§. 320. Liegt an dem Geber die Schuld, daß sich der Empfänger der gegebenen Sache, nach der Natur und dem

Inhalte des Vertrages nicht bedienen kann, so muß er den Empfänger schadlos halten. §§. 285—291.

Es ist also zu unterscheiden, ob ein dolus vorliegt oder nur ein Verschulden.

Wenn dagegen ein Verschulden nicht vorliegt, so gilt der Satz:

Der Empfänger kann von dem Geber nur so viel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist.

und zwar ebensowohl im Falle des ausdrücklichen Versprechens §. 328., als im Falle des stillschweigenden Versprechens. §. 331.

Vorstehende Vorschriften finden namentlich Anwendung im Falle des Kaufs. §. 198. 1. 11.

Es wird dabei gesagt:

die dem Käufer zu leistende Vergütung muß nach dem Gutachten vereideter Sachverständiger bestimmt werden. §. 206.

Nach dem O. G. B. ist unbedingt, also ohne Rücksicht auf Verschulden:

der weitere Schaden

zu vergüten und:

dafern der andere Theil unredlich gehandelt hat, der entgangene Nutzen. §. 932.

Diese Bestimmung gilt in gleicher Weise, es mag ein ausdrückliches Versprechen statt gehabt haben oder nicht.

Der Code Napoléon entscheidet den Fall eines ausdrücklichen Versprechens nicht.

Für den Fall:

Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mésure. Art. 1617.

wird von:

diminution proportionelle du prix

gesprochen.

Für den Fall der défauts cachées de la chose vendue wird nur gesagt, der Käufer habe das Recht:

de se faire rendre une partie du prix, telle quelle sera arbitrée par experts. Art. 1644.

Von einem Verschulden wird nichts erwähnt.

Außer den vorstehend erwähnten speziellen Bestimmungen enthält das A. L. R. auch noch den allgemeinen Satz 1. 5.:

§. 284. Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch auf den Fall,

wenn einer der Kontrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat.

namentlich bezüglich der Schätzung des Schadens. §. 285. ff.

Diese Bestimmung findet also speziell Anwendung au \ die Fäll der Gewährleistung.

B. Der Anspruch wegen nicht kontraktgemäßer Erfüllung.

Wenn der Verpflichtete schuldbarer Weise nicht kontraktmäßig erfüllt, also entweder schuldbarer Weise eine kontraktwidrige Handlung vornimmt oder eine ihm obliegende Handlung schuldbarer Weise nicht kontraktmäßig vornimmt resp. unterläßt, so hat dies entweder die Folge, daß die Erfüllung unmöglich wird, oder es bleibt zwar die Erfüllung möglich, aber es entsteht dem Berechtigten ein Schaden.

Im ersteren Falle tritt an Stelle des Anspruchs auf Erfüllung ein Anspruch auf Entschädigung, im letzteren Falle entsteht neben dem Anspruch auf Erfüllung ein Anspruch auf Entschädigung. Eine besondere Weise schuldbarer Nichterfüllung ist die schuldbare Verzögerung der Erfüllung.

1. Verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung.

§. 255.

Wenn die Erfüllung einer Verpflichtung durch Verschulden des Verpflichteten unmöglich wird, so erwirbt der Berechtigte einen Anspruch auf Entschädigung.

Im Römischen Recht gilt der Grundsatz:

veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem. l. 91. §. 3. D. 45. 1.

und zwar wird gesagt:

Et quidem si effecerit promissor, quominus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio. eod. l. c.

d. h.:

der Verpflichtete haftete für das Interesse.

Das A. L. R. verordnet I. 5.:

§. 360: Kann der Versprechende durch eigene Schuld dem Andern das Versprochene nicht geben oder leisten, so muß er für das Interesse, nach Verhältniß seiner eintretenden Verschuldung, haften. (§. 277. ff.)

Das O. G. B. bestimmt allgemein:

§ 1295. Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern, der Schade mag durch Uebertretung

einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.

Ebenso der Code Napoléon:

Art. 1147. Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts à raison de l'inexécution de l'obligation toutes les fois, qu'il ne justifie pas, que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait eu aucune mauvaise foi de sa part.

2. Schuldbar unterbleibende Erfüllung.

§. 256.

Im Falle der schuldbar unterbleibenden Erfüllung einer aus einem Vertrage entspringenden Verpflichtung entsteht neben dem Anspruch auf Erfüllung ein Anspruch auf Entschädigung.

Im Römischen Recht ging zur Zeit des Formularprozesses jeder Anspruch nur auf Zahlung von Geld. Daraus folgte:

1) Im Falle einer stipulatio konnte:

a) unmittelbar aus der stipulatio auf deren Erfüllung geklagt werden, wenn eine bestimmte Geldsumme versprochen war:

qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione (condictio certi) utitur, si certum petetur. l. 1. pr. D. 13. 3.

b) wenn etwas Anderes versprochen, so war zu unterscheiden:

α) im Falle einer stipulatio dandi einer res certa war zu klagen mit der condictio certa:

si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur. l. 24. D. 12. 1.

Ex qua (verbis obligatione) duae proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta pr. J. 3. 16.

Es heißt zwar:

ipsa res petenda est. l. 27. D. 46. 3.
petere fundum. l. 131. §. 1. D. 45. 1.
cum fundus vel homo petitus esset. l. 31. pr. D. 12. 1.

und:

haec stipulatio, fundum Tusculanum dari? . . continet, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo. l. 75. §. 10. D. 45. 1.

ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit. l. 25. §. 1. D. 18. 1.

allein damit ist nicht gemeint, die Erfüllung könne durch richterlichen Spruch erzwungen werden, denn die condemnatio ging immer nur auf Zahlung von Geld.

Es wurde nämlich auf Zahlung des Werths der Sache erkannt:

aestimatio. l. 3. 4. D. 13. 3.

und zwar im Wege der triticaria condictio:

eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam. l. 1. pr. l. c.

Außer dem Werth der Sache (rei aestimatio) konnte ein anderweites Interesse nicht gefordert werden:

haec verba: quanti eam rem paret esse, non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur. l. 193. D. 50. 16.

β) Im Falle einer stipulatio incerta konnte mit der actio ex stipulatu, resp. der condictio triticaria, nur das Interesse gefordert werden:

incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest. l. 68. 113. 114. 135. D. 45. 1.

namentlich also im Falle des Versprechens: facere:

necesse sit actori probare, quid ejus intersit. §. 7. J. 3. 16.

ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, justa aestimatione facti dandam esse petitionem. l. 72. pr. D. 45. 1.

quia non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur. l. 13. §. 1. D. 42. 1.

2) Im Falle der bonae-fidei-Kontrakte blieb es:

a) bezüglich der obligatio faciendi unbedingt bei dem Grundsatze, daß im Falle der Nichterfüllung nur ein Geldanspruch entstand:

sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. eod. l. c.

Wenn es also auch heißt:

si locaverint operas . . judex conventionem servari jubebit. l. 22. C. 4. 65.

so ist damit nicht gemeint, der judex werde unmittelbar auf Lei-

stung der Handlung, sondern nur, er werde auf das Interesse erkennen.

b) Auch bezüglich der übrigen Obligationen blieb es zur Zeit der Formularprozesse bei dem Grundsatz, daß die condemnatio nur auf Geld gerichtet werden konnte.

Dies verstand sich von selbst bei der actio venditi und locati. Außer dem Anspruch auf Zahlung des Versprochenen entstand auch ein Anspruch auf Zinszahlung:

in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. l. 32. §. 2. D. 22. 1.

War nicht Geld versprochen, so ging die Klage immer auf das Interesse, also:

α) Die actio empti:

si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur. l. 1. pr. D. 19. 1.

non tradentem, quanti intersit, condemnari; satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet. l. 11. §. 9. D. 19. 1.

β) Die actio ex conducto:

quod interest, praestabitur. l. 15. §. 8. D. 19. 2.

γ) Die actio praescriptis verbis und in factum:

civili intentione incerti agendum est . . . l. 6. D. 19. 5.

quanti interest mea. l. 5. §. 1. l. 7. l. c.

δ) Die actio doli im Falle des Vertrages:

facio, ut des. l. 5. §. 3. l. c.

Die Klage war nicht auf die aestimatio rei beschränkt, sondern auch das anderweite Interesse konnte gefordert werden:

si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur, hoc est, quod rem habere interest emptoris; hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel empta est. l. 1. pr. D. 19. 1.

Es wird nun zwar auch gesagt:

ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, ut tradatur ei possessio. l. 11. §. 8. D. 19. 1.

allein so lange der Formularprozeß bestand, konnte die Verurtheilung doch nicht darauf unmittelbar gerichtet werden, ebensowenig wie im Falle der locatio conductio darauf:

ut ei praestetur, frui, quod conduxit, licere. l. 9. pr. D. 19. 2.

Nach den Grundsätzen des A. L. R. geht der Anspruch zunächst auf Erfüllung der Verpflichtung. Daher heißt es 1. 5.:

§. 270. In der Regel müssen die Verträge nach ihrem ganzen Inhalte erfüllt werden.

namentlich berechtigt:

die von der einen Seite geweigerte oder nicht gehörig geleistete Erfüllung des Vertrages in der Regel:

nur dazu:

den Gegentheil zu der versprochenen Erfüllung und zu der nach den Gesetzen ihm zukommenden Entschädigung durch den Richter anzuhalten. §. 394. 1. 5.

Auch wenn es sich um Leistung einer Handlung handelt, hat der Verletzte das Recht, Erfüllung zu erzwingen, 1. 5.:

§. 276. Wer eine Handlung zu leisten schuldig ist, kann dazu durch gerichtliche Zwangsmittel nach Vorschrift der Prozeß-Ordnung angehalten werden.

und 1. 11.:

§. 877. Auch aus solchen Verträgen kann auf Erfüllung geklagt werden.

Neben der Erfüllung kann Entschädigung gefordert werden.

Das O. G. B. enthält denselben Grundsatz:

§. 919. Wenn ein Theil den Vertrag entweder gar nicht, oder nicht zu der gehörigen Zeit, an dem gehörigen Orte, oder auf die bedungene Weise erfüllt, so ist der andere Theil, außer den im Gesetze bestimmten Fällen, oder einem ausdrücklichen Vorbehalte, nicht berechtigt, die Aufhebung, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz zu fordern.

Der Code Napoléon enthält:

a) bezüglich der obligation de faire ou de ne pas faire den Grundsatz:

Art. 1142. Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Es kann also nicht Erfüllung, sondern nur das Interesse gefordert werden.

b) bezüglich der übrigen Obligationen enthält der Code Napoléon für den Fall der contrâts synallagmatiques den Satz, wenn:

l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement,

so hat der Verletzte das Recht der Wahl:

ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la resolution avec dommages et intérêts. Art. 1184.

Für alle übrigen Fälle fehlt eine ausdrückliche Bestimmung darüber, inwieweit die Erfüllung unmittelbar erzwungen werden kann.

3. Schuldbare Verzögerung der Erfüllung.

§. 257.

Wer die Erfüllung seiner Verpflichtung schuldbarer Weise verzögert, haftet für den aus dem Verzuge entstehenden Schaden in gleicher Weise, wie der, welcher schuldbarer Weise nicht erfüllt, für den aus der Nichterfüllung entstehenden Schaden.

Bestimmte allgemeine Grundsätze, wann mora anzunehmen, enthält das Römische Recht nicht:

> nam (ut et Pomponius libro 12. epistolarum scripsit) difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam juris. l. 32. pr. D. 22. 1.

Der judex entschied hierüber nach Grundsätzen der Billigkeit:

> apud judicem examinabitur. eod. l. c.
> de bono et aequo. l. 91. §. 3. D. 45. 1.

Der leitende Gesichtspunkt war:

> mora ist vorhanden, wenn es an dem Verpflichteten liegt, daß er nicht rechtzeitig erfüllt, per eum stetit, quo minus; per te factum, quominus.

Daß unter diesen Ausdrücken an ein gewisses Verschulden des Verpflichteten gedacht wurde, kann nicht zweifelhaft sein, namentlich wenn man erwägt, daß gerade unter dem allgemeinen Ausdruck: per te stetit, quominus einerseits die mora und andererseits die culpa gestellt wird, denn der allgemeine Ausdruck:

> si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares

wird dahin näher bestimmt:

> quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum. l. 23. l. c.

Ueberhaupt wird unter dem allgemeinen Gesichtspunkt:

> quotiens culpa intervenit debitoris,

sowohl der Fall der eigentlichen culpa, si effecerit promissor, quominus solvere possit, als auch der Fall der mora,

> si moratus sit tantam. l. 91. §. 3. l. c.

erwähnt.

Nur darüber fehlt eine bestimmte Entscheidung:

> in welchen Fällen die Verzögerung der Erfüllung als schuldbarer Verzug (mora) zuzurechnen.

Ein Grundsatz tritt jedoch bestimmt hervor:

Wer, nachdem die Verpflichtung zur Erfüllung eingetreten ist, zur Erfüllung aufgefordert, dieselbe nicht leistet, kommt in mora.

Eine vor der Verfallzeit geschehene Interpellation hat also keine rechtlichen Folgen:

si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse. l. 49. §. 3. l. c.

Nach der Verfallzeit aber versetzt Interpellatio in mora, daher heißt es:

si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares; quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum. l. 23. l. c.

Hier wird also mora geradezu auf den Fall der Interpellation beschränkt. Ebenso an der Stelle:

Sed si ex stipulatu Stichum debeat pupillus, non videbitur per eum mora fieri, ut mortuo eo teneatur, nisi si tutore auctore, aut solus tutor interpelletur. l. 24. l. c.

Auch bezüglich der emptio wird erwähnt:

Si interpellavero venditorem, et non dederit id, quod emeram. l. 17. D. 18. 6.

und bezüglich einer Geldschuld:

si interpellatus non solverit. l. 32. pr. D. 22. 1.

jedoch mit dem Beisatz, die Interpellatio müsse geschehen:

opportuno loco.

Es entsteht dabei die Frage:

ob Interpellatio nothwendige Bedingung der mora ist?

Dafür lassen sich die schon citirten Stellen anführen und insbesondere Nachstehendes:

Es wurde die Ansicht aufgestellt:

si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipulatori promiserit et adjecerit, quod, si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit... posse debitorem ad evitandam poenam adjicere, quod nullus eum admonuit.

Diese Ansicht war offenbar unrichtig, sie beruhte aber wahrscheinlich darauf, daß ein Grundsatz der bezüglich der mora galt, auf den Fall der stipulatio einer poena angewandt wurde, und daraus wird erklärlich, daß Justinian von einer magna legum veterum obscuritas spricht. l. 12. C. 8. 38.

Man würde also annehmen können:

Wenigstens bei Stipulationen ist interpellatio nothwendige

Bedingung der mora, selbst wenn ein dies certus der Erfüllung bestimmt war.

Dagegen aber spricht, daß gerade für diesen Fall die Interpellatio wenigstens nicht ausdrücklich erwähnt wird:

si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me quanti mea intersit, moram facti non esse. l. 114. D. 45. 1.

Insbesondere aber scheint bei der stipulatio faciendi mora auch ohne interpellatio eingetreten zu sein, denn nur operae liberti mußten indictae sein, damit dies cedit. l. 73. pr. D. 45. 1. l. 24. D. 38. 1. Bezüglich aller übrigen operae aber heißt es:

ubi jam coepit mora faciendae insulae fieri, tunc agetur, diesque obligationis cedit. l. 72. §. 2. D. 45. 1.

Daß der mora faciendae insulae zunächst eine Interpellatio vorangehen müsse, ist nirgends gesagt, vielmehr ist mora vorhanden:

si non inchoetur opus. l. 137. §. 3. l. c.

d. h. nicht zur gehörigen Zeit.

Demgemäß glaube ich, daß man annehmen muß:

Es blieb dem judex im einzelnen Falle überlassen, zu prüfen, ob mora vorlag. Gehörige Interpellatio versetzte in mora. Aber auch ohne Interpellatio konnte man in mora kommen.

Auf diesem Unterschiede beruht die Unterscheidung der mora ex persona von der mora ex re:

mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, si interpellatus opportuno loco non solverit. l. 32. pr. D. 22. 1.

Ein zweiter Grundsatz war der:

Unverschuldete Verzögerung versetzt nicht in mora, namentlich kommt der nicht in mora, welcher ungeachtet der Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit nicht wußte, daß er verpflichtet sei.

Daher heißt es:

qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere. l. 63. D. 50. 17.

si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si juste ad judicium provocavit. l. 24. pr. D 22. 1.

d. h. es mußte eine justa causa ignorantiae, an id, quod peteretur, deberetur vorhanden sein, wie bezüglich derjenigen, qui in alterius locum succedunt, haeredes et fideijussores. l. 42. D. 50. 17.

Auf diese justa causa ignorantiae sind daher auch die Worte zu beziehen:

si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere. l. 5. D. 12. 1.

Keineswegs aber ist, wie Koch meint 1. 343, unter der justa causa die Interpellatio gemeint. Die Interpellatio ist keine causa, in Folge deren man einsehen muß, daß man etwas schuldig ist, sondern die Interpellatio hat nur die Wirkung, daß, wenn man etwas schuldig ist, zur Zahlung verpflichtet wird.

Es ist also nach Vorstehendem anzunehmen, daß, um in mora zu kommen, ein gewisses Verschulden des Verpflichteten vorliegen muß.

Daß dabei auf die Grade der Schuld keine Rücksicht genommen wird, oder deutlicher, daß dabei die speziellen Grundsätze, welche bezüglich der Verletzung aus culpa geltend waren, nicht in Anwendung kamen, ist richtig, aber unrichtig ist die Behauptung, es genüge, wenn der Schuldner weiß oder wissen muß, daß er gerade jetzt zu zahlen schuldig ist. Koch 1. 345. Mora ist auch dann vorhanden, wenn der Schuldner bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit wissen kann, daß er zu zahlen schuldig ist.

Das A. L. R. bezeichnet es als Zögerung, wenn Jemand seine Verbindlichkeit nicht zur gehörigen Zeit erfüllt (§§. 15. 16. 1. 16.), und bestimmt speziell 1. 16.:

§. 20. Wo die Zeit der Erfüllung weder durch Willenserklärungen, noch durch richterlichen Ausspruch, noch durch besondere Gesetze bestimmt ist, da muß der Berechtigte den Verpflichteten zur Erfüllung auffordern.

§. 21. So lange dergleichen Aufforderung zur Wissenschaft des Verpflichteten nicht gelangt ist, kann in diesen Fällen dem Letzteren keine Zögerung beigemessen werden.

Daß aber nur die schuldbare Zögerung zugerechnet wird, ergiebt:

§. 26. Soweit die Unmöglichkeit das gänzliche Unterbleiben der Erfüllung entschuldigt, so weit kommt sie auch dem zu Statten, der seine Verbindlichkeit nicht zur gehörigen Zeit erfüllen kann.

Daher ist auch eine Verzögerung in Folge bloßen Zufalls ohne Einfluß beim Kauf, und nur die schuldbare Verzögerung hat rechtliche Wirkungen. §. 95. sq. 1. 11.

Ebenso wird bei Schenkungen von widerrechtlicher (d. h. schuldbarer) Verzögerung gesprochen. §. 1077. 1. 11.

Das O. G. B. sagt:

Eine Verzögerung fällt einem Schuldner überhaupt zur Last, wenn er den durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Zahlungstag nicht zuhält, oder wenn er in dem Falle, daß die Zahlungszeit nicht bestimmt ist, nach dem Tage der geschehenen gerichtlichen oder außergerichtlichen Einmahnung sich nicht mit dem Gläubiger abgefunden hat. §. 1334.

Es ist hier nicht gesagt, daß nur die verschuldete Zögerung zugerechnet wird. Da jedoch das O. G. B. die Zögerung unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der Beschädigung erwähnt, Beschädigungen aber nur im Falle des Verschuldens zurechnet, so wird man annehmen müssen, daß nur die schuldbare Verzögerung zugerechnet wird.

Der Code Napoléon bestimmt:

Art. 1139. Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte equivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.

Daß aber nur der schuldbare Verzug zugerechnet wird, ergiebt sich aus der Bestimmung, daß in ganz gleicher Weise, wie bei inexécution de l'obligation auch bei retard dans l'exécution der Verpflichtete zur Entschädigung verpflichtet ist:

toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère, qui ne peut lui être impútée. Art. 1147.

und dagegen keine Entschädigung zu leisten hat:

lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé. Art. 1148.

Die Folgen der mora giebt das Römische Recht dahin an:

1) wenn es sich um eine individuell bestimmte Sache handelt:

aller Schaden, welcher nach dem Zeitpunkt der mora eintritt, trifft den Verpflichteten, namentlich also der zufällige Untergang der Sache,

also:

si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus perinde, ac si viveret. l. 82. §. 1. D. 45. 1.

quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. l. 5. D 12. 1.

Der Grundsatz, daß der züfällige Untergang der Sache den Gläubiger auch im Falle der mora des Schuldners treffe:

cum interitura esset ea res, etsi restituta esset. l. 14. §. 1. D. 16. 3.

galt nicht allgemein, sondern nur für bestimmte Fälle der mora und Rechtsverhältnisse.

2) Außerdem haftet der Säumige für das Interesse:

quanti mea intersit moram facti non esse. l. 114. D. 45. 1.

Das A. L. R. bestimmt dagegen I. 16.:

§. 16. Wer dieses unterläßt, muß die Folgen seiner Zögerung gegen den Berechtigten vertreten.

Es macht also nicht verantwortlich für allen Schaden, welcher nach dem Zeitpunkt des Verzugs eintritt, sondern nur für den Schaden, welcher die Folge der Zögerung ist. Im Falle der verzögerten Uebergabe einer Sache haftet der Verpflichtete gleich einem unredlichen Besitzer §. 18. 1. 16.; also nur der eigentlich unredliche Besitzer, (d. h. im Falle einer Verzögerung aus Vorsatz) trägt den Zufall, und selbst diesen nur dann,

wenn nicht ausgemittelt werden kann, daß der Zufall die Sache im Besitz des Eigenthümers ebenfalls würde getroffen haben. §. 241. 1. 7.

Im Uebrigen haftet der Säumige für das Interesse:

nach den allgemeinen Grundsätzen des sechsten Titels. §. 17. 1. 16.

nach Verhältniß des Grades seiner Verschuldung. §. 101. 97. 1. 11.

Das O. G. B. enthält keine spezielle Bestimmung, man muß also die allgemeinen Grundsätze über Vertretung des Schadens anwenden, namentlich den Satz:

Hat Jemand den Zufall durch ein Verschulden (resp. durch Zögerung) veranlaßt, so haftet er für allen Nachtheil, welcher außerdem nicht erfolgt wäre. §. 1311.

Der Code Napoléon bestimmt für den Fall, daß es sich um eine obligation de livrer la chose handelt, und:

que le débiteur soit en demeure . . . la chose reste aux risques de ce dernier. Art. 1138.

jedoch mit der Maaßgabe:

Lors même, que le débiteur est en demeure, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier. Art. 1302.

Bezüglich der dommages et intérêts dagegen wird der Säumige ebenso behandelt, wie der nicht Erfüllende. Art. 1147.

C. Schätzung des Schadens.

§. 258.

Wer beim Abschluß oder bei Erfüllung des Vertrages die ihm obliegenden Verpflichtungen vorsätzlich verletzt, ersetzt allen dem Berechtigten in Folge der Verletzung entstandenen Schaden. Im Falle des Verschuldens ersetzt er diesen Schaden insoweit, als

er ihn vorausgesehen hat, oder bei Anwendung der schuldigen Aufmerksamkeit voraussehen konnte.

Inwiefern ein Verschulden beim Abschluß des Vertrages von Einfluß ist auf die zu leistende Entschädigung, ist bereits erörtert. Es ist daher hier nur noch von dem Verschulden bei Erfüllung der Verpflichtung zu handeln.

Bei Stipulationen wurde im Römischen Recht ein derartiger Unterschied nicht gemacht. Der Richter taxirte im Falle einer stipulatio certa, den Werth der Sache (aestimatio) l. 3. D. 13. 3., im Falle einer stipulatio incerta das Interesse:

id venit in stipulationem, quod mea interest. l. 68. D. 45 1.

quanti interest. l. 81. pr. l. c.

namentlich im Falle einer stipulatio faciendi:

justa aestimatione facti. l. 72. pr. l. c.

Bezüglich der bonae fidei contractus hatte der judex eine libera potestas ex bono et aequo aestimandi. §. 30. J. 4. 6. quatenus cujus intersit, in facto, non in jure consistit. l 24. D. 50. 17.

Das Interesse bestand im damnum und im lucrum cessans:

quia et ex eo veteres id quod interest statuerant. l. un. C. 7. 47.

Dabei aber wurde unterschieden:

1) wenn der Schaden die Folge einer culpa war, so taxirte der Richter den Schaden:

Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum, constat, sed aestimationem a judice faciendam. l. 4. §. 4. D. 12. 3.

interdum quod intersit agentis, solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur. l. 2. §. 1. l. c.

Der judex hatte nach folgenden Grundsätzen zu verfahren:

a) wenn das Objekt ganz unbestimmt war:
si jactum retis emero, et jactare retem piscator noluit, incertum ejus rei aestimandum est. l. 12. D. 19. 1.

b) wenn das Objekt zu schätzen war, so kam in Betracht außer dem Werth der Sache (vera rei aestimatio, quanti ea res erit, quanti eam rem esse paret. l. 179. D. 50. 16. das Interesse, quod interest. l. 193. l. c.; jedoch mit der Beschränkung:

daß nur der nothwendiger Weise aus der Nichterfüllung entstehende Schaden taxirt wurde:

quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse. Quid enim si sub poena pecuniam de-

buit, aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est. l. 3. D. 12. 3.

quid enim, si trajectitiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam, vel sub pignoribus? et distracta pignora sunt, vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, et res stipulatoris vilissimo distracta est? In hanc arbitrariam, quod interfuit, veniet. Quid, si merces solebat comparare? an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem. l. 2. §. 8. D. 13. 4.

cum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. l. 21. §. 3. D. 19. 1.

Dagegen wurde nicht berücksichtigt der nur zufällig entstehende Schaden:

neque enim, si potuit ex vino (puta) negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum, emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum familia, ejus fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. eod. l. c.

jedoch galt der Grundsatz:

placuit, affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam. l. 54. pr. D. 17. 1.

2) Wenn der Schaden Folge eines dolus war, so taxirte nicht der Richter, sondern der Verletzte beschwor sein Interesse:

cum vero dolus, aut contumacia restituentis vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor. l. 2. §. 1. D. 12. 3.

non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei pretium. l. 1. l. c.

ob dolum solum in litem juratur. l. 5. §. 3. l. c.

Das juramentum war nur bei bonae fidei judiciis zulässig:

in bonae fidei judiciis in litem juratur. l. 5. pr. l. c.

Bei Obligationen aus Stipulationen kam ein juramentum nur vor als Ergänzung eines andern nicht möglichen Beweises:

quia judex aestimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, quae non exstat. l. 5. §. 4. l. c.

alias, si ex stipulatu agatur, non solet in litem jurari. l. 6. l. c.

Der Verletzte konnte in infinitum jurare. l. 4. §. 2. l. c. l. 68. D. 6. 1.

Um aber einen Mißbrauch dieses Rechts zu verhindern, hatte der judex über folgende Punkte zu entscheiden:

a) ob zu schwören:

in arbitrio esse judicis, deferre jusjurandum nec ne, constat. l. 4. §. 2. §. D. 12. 3.

b) bis wie hoch zu schwören:

arbitrio bonae fidei judicis etiam hoc congruit, taxationem jurijurando adjicere. eod. l. c.

c) auf wie hoch das beschworne Quantum zu ermäßigen:

Item videndum, an possit judex, qui detulit jusjurandum, non sequi id, sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, quam juratum est. Et magis est, ut ex magna causa et postea repertis probationibus possit. l. 4. §. 3. l. c.

Zu vorstehenden Bestimmungen kam noch ein Gesetz Justinians. In Erwägung:

cum pro eo, quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sunt

verordnete er, non solum in damno sed etiam in lucro:

in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere.

in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur ... cum sciamus, esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competente moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. l. un. C. 7. 47.

Das A. L. R. geht aus von der Unterscheidung zwischen dolus und culpa. Es verordnet 1. 5.:

§. 285. Wer bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages seine Pflichten vorsätzlich oder aus grobem Versehen verletzt hat, muß dem Andern sein ganzes Interesse vergüten.

§. 286. Aller Nachtheil, welcher für Jemand daraus entstanden ist, daß der Andere seinen Pflichten gegen ihn nicht nachgekommen ist, wird unter dem Interesse begriffen.

§. 287. Es wird also bei Bestimmung des Interesses nicht bloß auf den wirklichen Schaden, sondern auch auf den durch Nichterfüllung des Kontrakts entgangenen Vortheil Rücksicht genommen.

§. 288. Im Falle eines mäßigen oder geringen Versehens darf in der Regel nur der wirkliche Schaden ersetzt werden.

speziell heißt es dann:

§. 360. Kann der Versprechende durch eigene Schuld dem Andern das Versprochene nicht geben oder leisten, so muß er für das Interesse nach Verhältniß seiner eintretenden Verschuldung haften.

Es kommen bei vorstehenden Bestimmungen die allgemeinen Grundsätze des sechsten Titels zur Anwendung. Es ist deshalb auf das dort bezüglich derselben Bemerkte zu verweisen.

Das A. L. R. enthält aber demnächst noch einzelne unrichtige Sätze:

1) Es sagt:

§. 289. Doch müssen Kunst- und Sachverständige auch alsdann (nämlich im Falle eines mäßigen oder geringen Versehens) das volle Interesse vergüten.

Diese Bestimmung ist deshalb unrichtig, weil Sachkenntniß zwar den Umfang der culpa erweitern kann, die Taxation des Interesses aber sich nur nach dem Grade des Versehens bestimmen darf.

2) Es heißt ferner:

§. 290. Wer gewarnt worden, daß von seiner übernommenen Handlung besondere und ungewöhnliche Vortheile für den Andern abhängen, wird in Ansehung der zu leistenden Vertretung einem Kunst- und Sachverständigen gleich geachtet.

Auch diese Bestimmung ist unrichtig.

In einem derartigen Falle kann die Verpflichtung zur Gewährung der besondern und ungewöhnlichen Vortheile in einem größeren Umfange eintreten, als gewöhnlich der Fall ist, aber das Interesse im Falle der Nichtgewährung hat sich lediglich nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen.

3) Es heißt endlich:

§. 291. Wenn Jemand eine Handlung, zu deren Unterlassung er ausdrücklich verpflichtet worden, dennoch begeht, so muß er dem Andern für das ganze Interesse haften.

Auch diese Bestimmung ist unrichtig.

Im Falle eines Zuwiderhandelns gegen eine derartige Verpflichtung wird in der Regel ein dolus vorliegen, und dann ist das ganze Interesse zu leisten, aber nicht wegen der ausdrücklichen Verpflichtung, sondern wegen des dolus. Ist nur aus culpa gegen die Verpflichtung gehandelt, so dürfen auch nur die gewöhnlichen Folgen der culpa eintreten.

Daher sagt das A. L. R. auch **I. 11.**:

§. 890. Hat sich Jemand zu bloßen Unterlassungen verpflichtet, und er handelt dieser seiner Verpflichtung zuwider, so muß er nach dem Grade der ihm dabei zur Last fallenden Verschuldung den Andern entschädigen.

Im O. G. B. kommt zur Anwendung der allgemeine Grundsatz:

Im Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugthuung, in den übrigen Fällen nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt. §. 1324.

Es ist dabei auf das bereits Bemerkte Bezug zu nehmen.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1149. Les dommages et intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

namentlich im Fall des dolus:

Art. 1151. Dans le cas même ou l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, á l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe in l'exécution de la convention.

und im Falle der culpa:

Art. 1150. Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrât, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.

D. Schätzung des Werthes einer Sache vor der Litispendenz.

§. 259.

Vom Tage des eintretenden Verzuges haftet der Verpflichtete für den Werth der Sache, den sie zur Zeit des Verzuges hat.

Daher sagt das Römische Recht:

1) bezüglich einer individuell bestimmten Sache:

si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro vicesimo, habendam aestimationem, quanto deterior res facta sit . . . ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio. l. 3. D. 13. 3.

2) bezüglich generell bestimmter Sachen:

si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum oleum, frumentum; tanti litem aestimandam, quanti fuisset eo die, quo dari debuit. l. 4. l. c.

vinum, quod mutuum datum erat, per judicem petitum est; quaesitum est, cujus temporis aestimatio

fieret. . . . Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset. l. 22. D. 12. 1.

Das A. L. R. läßt:

bei der verzögerten Uebergabe einer Sache . . . die Verpflichtungen eines unredlichen Besitzers eintreten. §. 18. 1. 16.

also:

bei Verschlimmerungen muß der unrechtfertige Besitzer jedes mäßige, der eigentlich unredliche das geringste Versehen vertreten. §. 240. 1. 7.

Daraus ist zu entnehmen:

Wer aus mäßigem Versehen verzögert, haftet vom Tage des Verzuges gleich demjenigen, der aus Versehen beschädigt.

Wer aus Vorsatz verzögert, haftet vom Tage des Verzuges gleich demjenigen, der vorsätzlich beschädigt.

Das O. G. B. enthält keine besondere Bestimmungen bezüglich des Verzuges.

Der Code Napoléon behandelt überhaupt nach gleichen Grundsätzen:

l'inexécution de l'obligation und retard dans l'exécution. Art. 1147.

und macht speziell für Deteriorationen d'un corps certain et déterminé verantwortlich, in dem Falle:

qu'avant ces déteriorations il fût en demeure. Art. 1245.

§. 260.

Im Falle einer rechtswidrig verzögerten Geldzahlung sind als Entschädigung die üblichen Zinsen zu zahlen, jedoch kann auch ein nachweisbares höheres Interesse gefordert werden.

Aus Stipulationen konnten keine Zinsen auf Grund der mora gefordert werden, sondern nur aus bonae fidei Kontrakten:

in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. l. 32. §. 2. l. 17. §. 4. D. 22. 1.

et ita in caeteris judiciis bonae fidei servatur. l. 34. l. c.

usurae enim in bonae fidei judiciis, etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judicis applicentur. l. 54. pr. D. 19. 2.

Eum, qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur. l. 22. D. 39. 5.

Man ging dabei von dem Grundsatz aus:

usurae non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur. l. 17. §. 3. D. 22. 1.

und bestimmte demzufolge:

Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino quod venditor, mora non facta, consequi potuit, veluti si negotiator fuerit, et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris, quaerere potuit. l. 19. D. 18. 6.

Ausnahmsweise konnte jedoch auch mehr gefordert werden, namentlich der aus dem Verzug entstehende größere Schaden:

si sub poena pecuniam debuit, aut sub pignore; et distracta pignora sunt, vel poena commissa mora tua. l. 3. D. 12. 3. und l. 2. §. 8. D. 13. 4.

und auch ein entgangener größerer Gewinn:

in hanc arbitrariam (actio de eo, quod certo loco dari oportet), quod interfuit, veniet, et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid, si merces solebat comparare, an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem. l. 2. §. 8. D. 13. 4.

Ideo in arbitrium judicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini, olei, frumenti; pecuniarum quoque, licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius, et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris. l. 3. l. c.

Das A. L. R. bestimmt beim Darlehn 1. 11.:

§. 827. Der Schuldner muß von dem Tage an, wo er die Rückzahlung zu leisten schuldig war, und sie nicht geleistet hat, Zögerungszinsen entrichten.

§. 833. Außer den Zögerungszinsen kann der Gläubiger für den durch Verzug des Schuldners ihm entstandenen Schaden keine weitere Vergütung fordern.

§. 834. Hat jedoch der Schuldner bei vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln aus Vorsatz oder grobem Versehen die Zahlung verzögert, so kann der Gläubiger statt der Zögerungszinsen den Ersatz des aus diesem Verzuge ihm erwachsenen wirklichen Schadens verlangen.

und demnächst allgemein dasselbe §§. 64. 65. 1. 16.

Die Einschränkung auf den Ersatz des wirklichen Schadens dürfte sich nicht rechtfertigen.

Das O. G. B. sagt unbestimmt:

§. 1333. Der Schaden, welchen der Schuldner seinem Gläubiger durch Verzögerung der bedungenen Zahlung des schul-

digen Kapitals zugefügt hat, wird durch die von dem Gesetz bestimmten Zinsen vergütet.

und der Code Napoléon:

Art. 1153. Dans les obligations qui se bornent au paiment d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi; sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.

II. Ansprüche aus aufgehobenen Verträgen.

Wenn ein Vertrag wieder aufgehoben wird, so fallen die Ansprüche aus dem Vertrage unter folgende Gesichtspunkte:

1) Ersatz der durch den Abschluß und die Wiederaufhebung des Vertrages entstehenden Kosten.

Wenn nur der eine Kontrahent an der Aufhebung des Vertrages Schuld hat, so muß er dem andern Kontrahenten die Kosten erstatten.

2) Rückgabe des auf Grund des Vertrages Empfangenen.

Je nachdem die Aufhebung des Vertrages in Folge eines Verschuldens nur des einen Kontrahenten erfolgt, oder so, daß keinem Kontrahenten ein Verschulden oder beiden Kontrahenten ein gleiches Verschulden zur Last fällt, ist dieser Anspruch verschieden.

Der schuldige Theil muß die empfangene Sache im Zustande des Empfanges mit allen gezogenen Nutzungen zurückgeben oder den Werth vergüten, und für die ihm geleisteten Handlungen muß er den gewöhnlichen Lohn zahlen.

Der unschuldige Theil dagegen ist zur Zurückgabe der empfangenen Sache und gezogenen Nutzungen nur in soweit verpflichtet, als die Sache oder die Nutzungen noch vorhanden sind, oder er durch das ihm Geleistete bereichert worden ist.

3) Ansprüche auf Entschädigung kann der unschuldige Theil gegen den schuldigen Theil nach allgemeinen Grundsätzen geltend machen.

Erfolgt insbesondere die Aufhebung des Vertrages wegen Irrthums, so kommt es darauf an, ob der Irrthum von beiden Seiten ein unverschuldeter oder ein verschuldeter war, oder ob nur der Irrthum des einen Kontrahenten ein unverschuldeter war. Nur im letzteren Falle hat der Irrende den Anspruch des unschuldigen gegen den schuldigen Theil, im ersteren Falle hat jeder Theil nur den Anspruch, den der unschuldige gegen den unschuldigen hat.

Wird der Vertrag wegen veränderter Umstände aufgehoben, so hat derjenige Kontrahent, welcher die Veränderung der Umstände

schuldbarer Weise herbeigeführt hat, die Verpflichtungen des schuldigen Theils.

A. Im Allgemeinen.

1. Gegen den schuldigen Theil.

§. 261.

Im Falle der Aufhebung des Vertrages ist derjenige Kontrahent, dessen Verhalten den andern Kontrahenten berechtigt, den Vertrag aufzuheben, verpflichtet:

1) Die dem andern Kontrahenten durch den Abschluß und die Wiederaufhebung des Vertrages entstandenen Kosten zu erstatten.
2) Die auf Grund des Vertrages empfangenen Sachen in dem Zustande, wie er sie empfangen, nebst den gezogenen Nutzungen zurückzugeben oder den Werth zu vergüten, und für die auf Grund des Vertrages von dem Andern geleisteten Handlungen den gewöhnlichen Lohn zu zahlen.
3) Außerdem aber nach dem Grade der Verschuldung den andern Kontrahenten zu entschädigen.

Im Römischen Recht kommt die Aufhebung des Vertrages vor:

1) im Falle des Zwangs oder Betruges.

Im Falle des Zwanges galt der Grundsatz:

si res non restituatur, quadrupli condemnationem referetis, scilicet reddito a vobis pretio l. 4. C. 2. 20.

post annum vero causa cognita, eadem actio in simplum permittitur. l. c.

nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est. l. 18. pr. D. 4. 3.

Im Falle des Betruges ging die Klage:

in id, quod intersit actoris. l. 18. §. 1. l. c.

quod interfuit ejus, ne deciperetur. l. 62. §. 1. D. 18. 1.

In diesem Falle und auch in metus causa actione galt der Grundsatz:

tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit; sed officio judicis debet in utraque actione taxatione jusjurandum refroenari. l. 18. pr. D. 4. 3.

2) Im Falle des Aedilitischen Edikts:

Im Falle eines dolus:

si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur. l. 1. §. 1. D. 21. 1.

ging die Klage ebenfalls auf das Interesse.

Wenn dagegen ein dolus nicht vorlag, so galten folgende Grundsätze:

a) Bezüglich der dem Käufer entstandenen Kosten:

si quid emptionis causa erogatum est; hoc autem ita demum deducitur, si ex voluntate venditoris datur, caeterum si quid sua sponte datum esse proponatur, non imputabitur. l. 27. D. 21. 1.

b) Bezüglich der Rückgabe des Empfangenen. Der Verkäufer muß Alles, was er empfangen hat, restituiren:

debet autem recipere (emtor) pecuniam, quam dedit pro eo homine, vel si quid accessionis nomine. eod. l. c.

Et quidem continet condemnatio pretium accessionesque. l. 29. §. 2. l. c.

Das erhaltene Kaufgeld muß er verzinsen:

an et usuras pretii consequatur, quasi quod sua intersit, debeat accipere, maxime cum fructus quoque ipse restituat? et placet consecuturum. eod. l. c.

c) Bezüglich des anderweiten Schadens heißt es:

si quid tamen damni sensit . . . consequetur arbitrio judicis,

jedoch mit der Maaßgabe:

sic tamen, non ut ei horum nomine venditor condemnetur, ut ait Julianus, sed ne alias compellatur hominem venditori restituere, quam si eum indemnem praestet. l. 29. §. 3. l. c.

ob haec ergo, quae propter servum damna sensit, solam dabimus ei corporis retentionem. l. 31. pr. l. c.

caeterum poterit evitare praestationem venditor, si nolit hominem recipere; quo facto pretii praestationem eorumque, quae pretium sequuntur, solam non evitabit. eod. l. c.

Das A. L. R. enthält mehrere bezügliche Bestimmungen:

1) Bezüglich der durch den Vertrag und dessen Wiederaufhebung entstandenen Kosten findet sich eine ausdrückliche Bestimmung

nur im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen Eviktion der Sache I. 11.:

§. 156. Zu diesem Schaden gehören auch die auf den Kauf verwendeten, ingleichen die bei dem Prozesse mit dem Dritten aufgelaufenen Kosten.

2) Bezüglich der Restitution des Empfangenen:

a) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen Betruges I. 5.:

der Betrüger muß Alles, was ihm auf Rechnung des Vertrages gegeben oder geleistet worden, ersetzen. §. 352.

b) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen Eviktion der Sache:

der Verkäufer muß das erhaltene Kaufgeld zurückgeben. §. 161. I. 11.

und im Falle des Tausches:

er muß die erhaltene Sache zurückgeben. §. 368.

c) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen mangelhafter Erfüllung wird erwähnt:

die Rückgabe der empfangenen Sache. §. 398. I. 5.

und bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, wird gesagt:

§. 411. Wegen Vergütung der auf Rechnung des Vertrages etwa schon geleisteten Handlungen finden, je nachdem der Leistende zur Aufhebung des Kontrakts Anlaß gegeben hat oder nicht, die Vorschriften §§. 166. 167. Anwendung.

Jene Bestimmungen passen jedoch nicht, denn sie gehen von dem Unterschied aus, ob der Verpflichtete die Handlung nicht leisten oder der Berechtigte die Handlung nicht annehmen will, während hier zu unterscheiden ist, welcher Kontrahent die Erfüllung ohne rechtmäßigen Grund verweigert. Man beabsichtigte aber durch jene Bezugnahme bemerkbar zu machen, daß Derjenige, welcher die Erfüllung ohne rechtmäßigen Grund verweigert, eine geringere Entschädigung zu beanspruchen hat, als der andere Kontrahent. Letzterem muß das Recht gegeben werden, den gewöhnlichen Lohn zu fordern.

Bezüglich der gezogenen Nutzungen finden sich ausdrückliche Bestimmungen:

a) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen Betruges:

der Betrüger muß alle gezogenen Nutzungen herausgeben. §. 352. I. 5.

b) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen Eviktion I. 11.:

§. 167. Die Zinsen des Kaufgeldes werden allemal gegen die von dem Käufer gezogenen Nutzungen kompensirt.

und:

§. 371. In allen Fällen, wo bei einem rückgängig gewordenen Kaufe die Nutzungen der Sache und die Zinsen des Kaufgeldes gegen einander aufgehoben werden, findet eine gleiche Kompensation in Ansehung der Nutzungen der gegen einander vertauschten Sachen statt.

Koch hat Unrecht, wenn er meint, diese Bestimmung gelte auch für den Fall der Aufhebung des Vertrages wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Sache. II. 446.

3) Bezüglich der anderweiten Entschädigung wird bestimmt:

a) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen Betruges 1. 5.:

§. 353. Auch wegen Verbesserungen, Verschlimmerungen und sonst wird der Betrüger als ein unredlicher Besitzer angesehen.

und 1. 4.:

den Betrogenen muß der Betrüger entschädigen. §. 86.

b) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen Eviktion 1. 11.:

§. 155. Vielmehr haftet der Verkäufer nur nach Verhältniß seiner obwaltenden Verschuldung dem Käufer für den etwa noch außerdem bei dem Kaufsgeschäft erlittenen wirklichen Schaden.

Sofern unter Verschulden auch der dolus mit inbegriffen wird, steht diese Bestimmung im Widerspruch mit den allgemeinen Grundsätzen, indem im Falle des dolus das ganze Interesse zu prästiren ist.

Es wird dann ferner bestimmt:

§. 163. War der Verkäufer ein unredlicher Besitzer, so muß er von dem Zeitpunkte an, wo der Käufer die Nutzungen der Sache hat herausgeben müssen, den erhaltenen Kaufpreis verzinsen, oder die von dem Käufer erhaltenen Zinsen desselben zurückzahlen.

Diese Bestimmung ist anwendbar nicht bloß im Falle des Besitzes in bösem Glauben, sondern auch im Falle des Besitzes in ungerechtfertigtem guten Glauben.

c) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen mangelhafter Erfüllung hat derjenige, welcher durch sein Verhalten den Andern zur Aufhebung des Vertrages berechtigte:

alle Lasten eines unredlichen Besitzers bei der Rückgabe der auf Rechnung des Kontrakts bereits empfangenen Sache zu übernehmen. §. 398. 1. 5.

und ist außerdem verpflichtet:

zum Ersatz des durch seine Weigerung entstandenen Schadens. l. c.

Bei der allgemeinen Fassung dieser Bestimmung wird man annehmen können, daß im Falle vorsätzlicher mangelhafter Erfüllung das ganze Interesse zu prästiren ist und eine Verpflichtung gleich wie bei einem Besitzer in bösem Glauben eintritt, und daß, wenn nur aus Verschulden mangelhaft erfüllt ist, nur der bei Anwendung von Aufmerksamkeit vorauszusehende Schaden zu vertreten ist, also namentlich nur die Verpflichtungen eines Besitzers in ungerechtfertigtem guten Glauben eintreten.

Unrichtig aber ist die Bestimmung des:

§. 401. Uebrigens aber findet gegenseitig kein Anspruch auf Entschädigung statt.

nämlich in dem Falle, wenn derjenige vom Vertrage zurücktritt, welcher die Erfüllung rechtmäßiger Weise verweigerte. Da ihn das Verhalten des andern Kontrahenten zum Rücktritt berechtigt, so muß er auch Entschädigung fordern können.

Das O. G. B. verordnet:

1) für den Fall der Aufhebung des Vertrages wegen Furcht oder Betruges:

§. 874. In jedem Falle muß derjenige, welcher einen Vertrag durch List oder ungerechte Furcht bewirket hat, für die nachtheiligen Folgen Genugthuung leisten.

2) für den Fall der Aufhebung des Vertrages wegen Eviktion und Mangel der versprochenen Eigenschaften:

der Verkürzte kann den Ersatz des weiteren Schadens und, dafern der andere Theil unredlich gehandelt hat, auch den entgangenen Nutzen fordern. §. 932.

Der Schaden ist also zu ersetzen, auch wenn kein Verschulden vorliegt.

Der Code Napoléon verordnet:

1) für den Fall der Aufhebung des Kaufs wegen Eviktion:

l'acquéreur a droit de demander contre le vendeur:

a) la restitution du prix, d. h. des Kaufpreises, Art. 1630 und ausnahmsweise auch noch den höheren Werth der Sache:

Art. 1633. Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au dessus du prix de la vente.

(Diese dem Römischen Recht nachgebildete Bestimmung ist nicht passend, weil nach dem Code Napoléon der Vertrag aufgehoben wird und also der Kaufpreis zurückzugeben nicht der Werth der Sache zu vergüten ist.)

b) celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince — also die Früchte der Sache, nicht Zinsen des Kaufgeldes;
c) les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par la demande originaire;
d) enfin les dommages et intérêts, ainsi que les frais et layaux couts du contrât. Art. 1630.

also dommages et intérêts ohne Rücksicht auf Verschulden.

2) für den Fall der Aufhebung des Kaufes wegen défauts de la chose vendue ist den Verkäufer verpflichtet:
à la restitution du prix et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionés par la vente. Art. 1645. 1646. 1647.
zu dommages et intérêts dagegen nur:
si le vendeur connaissait les vices de la chose. Art. 1645.

2. Gegen den unschuldigen Theil.

§. 262.

Der Kontrahent, welchen das Verhalten des andern Kontrahenten zur Aufhebung des Vertrages berechtigt, sowie im Falle der ohne Rücksicht auf das Verhalten der Kontrahenten eintretenden Aufhebung des Vertrages jeder Kontrahent ist verpflichtet:
1) die zur Zeit der ihm bekannt gewordenen Aufhebung des Vertrages noch vorhandene Sache und noch vorhandenen Nutzungen zurückzugeben,
2) und insoweit Vergütung zu leisten, als er durch das ihm Geleistete bereichert worden ist.

Das Römische Recht erwähnt:
1) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen Zwanges die Rückgabe des Kaufgeldes:
reddito pretio. l. 3. 4. C. 2. 20.
2) im Falle der Aufhebung des Vertrages auf Grund des Aedilitischen Edikts wird zwar von dem Grundsatz ausgegangen:
indemnis enim emptor debet discedere. l. 27. D. 21. 1.
ne lucrum emptor faciat. l. 31. §. 16. l. c.

es wird jedoch der Empfänger:

a) für die durch culpa verursachten Deteriorationen verantwortlich gemacht.

Das Edikt bestimmt:

si quid autem post venditionem traditionemque emptoris opera (d. h. dolo), familiae, procuratorisve ejus factum erit . . . ut ea omnia restituat. l. 1. §. 1. D. 21. 1.

Man stellte in Frage:

quid ergo, si culpa, non etiam dolo emptoris, servus deterior factus sit?

und entschied:

aeque condenabitur. l. 25. §. 5. l. c.

b) Bezüglich der Verwendungen:

si quid pro servo impendit. l. 29. §. 3. l. c.

hatte der Käufer nur denselben Anspruch wie in dem Falle:

si quid damni sensit.

c) Er haftete für allen aus der Sache gezogenen Nutzen.

Das Edikt sagte:

sive quid ex eo post venditionem natum, adquisitum fuerit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. l. 1. §. 1. l. c.

also:

non solum si ipse fructus percepit, mercedesve a servo vel conductore servi accepit, sed et si a quovis alio possessore fructus accepit emptor, restituere eos debebit. Sed et si quid fructuum nomine consecutus est, id praestet. Item si legatum vel haereditas servo obvenerit. l. 23. §. 9. l. c.

und:

si quis servum emerit, et, rapto eo, vi bonorum raptorum actione quadruplum consecutus est, deinde servum redhibeat, reddere debebit, quod accepit. l. 43. §. 5. l. c.

Für die fructus non percepti haftete er nicht, denn die Bestimmung:

si quid culpa ejus non pervenit, restitui oportere, si a venditore fuerit idcirca consecutus

setzt den Fall voraus:

quod tardius ei hominem restituit. l. 23. §. 9. l. c.

d. h. den Fall der mora.

3) Für alle nicht speziell erwähnten Fälle war mit der condictio sine causa das Gegebene zurückzufordern:

si solverit quis indebitum. l. 1. pr. D. 12. 7.

Constat, id demum posse condici alicui, quod vel

non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam. l. 1. §. 3. l. c.

nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit. l. 4. l. c.

Das A. L. R. verordnet:

1) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen Betruges 1. 5.:

§. 354. Der Betrogene hingegen darf das, was ihm auf Rechnung des Vertrages gegeben worden, nur in dem Stande, in welchem es sich alsdann befindet, zurückliefern.

§. 355. Bei dieser Rücklieferung hat es alle Rechte und Pflichten eines redlichen Besitzers.

jedoch mit der Maaßgabe:

§. 356. Doch bleibt auch der Betrogene dem Betrüger für das, was er auf Rechnung des Vertrages erhalten oder genossen hat, insoweit verhaftet, als er in seinen Nutzen wirklich verwendet worden.

2) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen theilweiser Eviktion wird nur unbestimmt erwähnt:

Zurückgabe des Ueberrestes der Sache. §. 165. 1. 11.

3) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Sache 1. 5.:

Er ist wegen der genossenen Früchte, wegen Verbesserungen und Verschlimmerungen, auch sonst überall, als ein redlicher Besitzer anzusehen. §. 337.

Der Rückgebende ist also keineswegs, wie Koch aus §. 327. 1. 5. folgert, unbedingt zum Ersatz der Verschlimmerungen verpflichtet (II. 445.), sondern er hat nur die Verpflichtung eines redlichen Besitzers. Der citirte §. 327. will nur sagen:

die Sache muß ihrer Substanz nach unverändert sein.

Uebrigens gilt auch in diesem Falle der Satz:

§. 338. Doch darf auch ein solcher Uebernehmer sich mit dem Schaden des Andern nicht bereichern.

4) im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen mangelhafter Erfüllung heißt es:

a) er hat bei Zurückgabe der auf Rechnung des Vertrages erhaltenen Sache alle Rechte eines redlichen Besitzers. §. 400. 1. 5.

Die erwähnte Maaßgabe ist nicht hinzugefügt. Sie muß aber hinzugefügt werden, denn es fehlt an jedem Grunde, dem Verletzten außer den Nutzungen des Gegebenen auch noch die Nutzungen des Empfangenen unbedingt zuzusprechen.

b) Es wird hier auch der Fall erwähnt, wenn Handlungen der Hauptgegenstand des Vertrages sind, und es sich um Vergütung der auf Rechnung des Vertrages etwa schon geleisteten Handlungen handelt.

Es ist richtig, daß die Vergütung verschieden sein muß:

jenachdem der Leistende zur Aufhebung des Kontrakts Anlaß gegeben hat oder nicht,

unpassend aber ist die Verweisung auf die Vorschriften §§. 166. 167.

Es muß der Grundsatz gelten:

Vergütung ist soweit zu leisten, als eine Bereicherung vorliegt.

5) Endlich gehört hierher der Fall, wenn der Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung aufgehoben wird und keinem Theil ein Verschulden trifft.

Daher sagt das A. L. R. 1. 5.:

§. 366. Dabei ist der Zurückgebende als ein redlicher Besitzer anzusehen.

§. 367. Doch kann kein Theil durch einen solchen Zufall mit dem Schaden des andern etwas gewinnen.

Zu bemerken ist bezüglich aller vorstehend gedachten Bestimmungen, daß der unrichtige Grundsatz:

der redliche Besitzer ist für grobes Versehen verantwortlich,
in allen diesen Fällen unangemessener Weise zur Anwendung kommt.

Das O. G. B. enthält eine ausdrückliche Bestimmung nur bezüglich:

der Aufhebung des Vertrages aus Mangel der Einwilligung,
nämlich:

er muß Alles zurückstellen, was er aus einem solchen Vertrage zu seinem Vortheile erhalten hat. §. 877.

d. h. soweit er durch das Erhaltene einen Vortheil erlangt hat.

Der Code Napoléon enthält bezügliche Bestimmungen:

1) en cas d'éviction, und zwar:

a) bezüglich der Deteriorationen:

Art. 1631. Lorsqu'à l'époque de l'éviction la chose vendue se trouve diminuée de valeur ou considérablement détériorée, soit par la négligence de l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix.

Der Käufer haftet also nicht für culpa. Vielmehr wird richtig bestimmt:

Art. 1632. Mais si l'acquéreur a tiré profit des dégradations par lui faites, le vendeur a le droit de retenir sur le prix une somme égale à ce profit.

b) Betreffend die Verwendungen, so findet unbedingt ein Anspruch statt bezüglich:

toutes les réparations et améliorations utiles qu'il aura faites au fonds. Art. 1634.

dagegen bezüglich:

toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément, que celui-ci aura faites au fonds.

nur:

si le vendeur avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui. Art. 1635.

c) die Früchte hat der Käufer nicht zu restituiren. Art. 1630.

2) en cas des défauts de la chose vendue fehlen ausdrückliche Bestimmungen:

a) bezüglich der Deteriorationen, denn die bezüglichen Bestimmungen handeln nur von:

perte arrivée pas cas fortuit

und:

par suite de sa mauvaise qualité. Art 1647.

b) Bezüglich der Verwendungen, denn erwähnt werden nur:

les frais occasionés par la vente. Art. 1646.

und:

tous les dommages et intérêts — si le vendeur connaissait les vices. Art. 1645.

c) bezüglich der Früchte.

B. Speziell.

1. Im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen Irrthums.

§. 263.

Wenn der Vertrag wegen Irrthums angefochten wird und der Irrthum beider Kontrahenten verschuldet oder unverschuldet war, so hat jeder Kontrahent den Anspruch des §. 262. Wenn nur der Irrthum des einen Kontrahenten unverschuldet war, so hat er den Anspruch des §. 261.

Das Römische Recht kennt den Fall der Aufhebung des Vertrages wegen Irrthums nicht. Der Irrthum kam nur als Irrthum in substantia in Betracht, in einem derartigen Falle entstand kein Vertrag. Es konnten daher Entschädigungsansprüche nur im Falle eines dolus mit der actio doli geltend gemacht werden.

Das etwa Geleistete mußte mit der condictio sine causa zurückgefordert oder Vergütung beansprucht werden.

Das A. L. R. enthält bei der Lehre von Verträgen keine Bestimmungen für den Fall der Aufhebung des Vertrages wegen Irrthums, nur im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen

Irrthums im Werth verweist es auf die allgemeinen Bestimmungen über den Irrthum bei Willenserklärungen. §. 59. 1. 11.

Diese Bestimmungen haben jedoch vornämlich nur den Fall einer einseitigen Willenserklärung im Auge, passen daher nicht für den Fall der Aufhebung eines auf gegenseitige Willenserklärung gegründeten Vertrages wegen Irrthums.

Unmittelbar anwendbar ist nur der Satz 1. 4.:

> §. 80. Ist von beiden Seiten ein vermeidlicher Irrthum vorgefallen, so findet von keiner Seite eine Entschädigung statt.

Der Fall, wenn der beiderseitige Irrthum unverschuldet ist, wird nicht besonders erwähnt, jedenfalls gilt derselbe Grundsatz.

Wenn von beiden Seiten ein Irrthum vorgefallen, der Irrthum des einen Kontrahenten aber ein unverschuldeter, der des andern ein verschuldeter ist, so läßt sich dieser Fall nicht nach den allgemeinen Grundsätzen entscheiden. 1. 4.:

> §. 79. Ist jedoch der Irrende durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen in den Irrthum gerathen, und der Andere hat nicht gewußt, daß der Erklärende sich irre, so ist der Erklärende zum Ersatz des durch seine Schuld entstandenen Schadens verpflichtet.

Denn, wenn auch der Andere den Irrthum nicht kennt, so liegt ein wesentlicher Unterschied darin, ob sein Irrthum ein unverschuldeter oder ein verschuldeter ist. Nur im ersteren Falle kann er einen Anspruch auf Entschädigung erwerben nach dem allgemeinen Grundsatz 1. 5.:

> wenn einer der Kontrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat. §. 284.

Das O. G. B. enthält nur die allgemeine Bestimmung:

> §. 877. Wer die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt, muß auch Alles zurückstellen, was er aus einem solchen Vertrage zu seinem Vortheile erhalten hat.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

2. Im Falle der Aufhebung des Vertrages wegen veränderter Umstände.

§. 264.

Wenn ein Vertrag wegen veränderter Umstände aufgehoben wird, so hat derjenige Kontrahent, welcher die Veränderung der Umstände vorsätzlich oder schuldbarer Weise veranlaßt hat, die Verpflichtungen des schuldigen Theils nach §. 261.

Das A. L. R. verordnet:

1) wenn der Endzweck beider Theile unmöglich gemacht wird I. 5.:

> §. 379. Ein Theil kann alsdann von dem andern nur insofern Entschädigung fordern, als die Veränderung der Umstände durch dessen freie Handlung bewirkt worden.

Diese Bestimmung geht zu weit. Die freie Handlung kann auch eine unverschuldete freie Handlung sein. In einem solchen Falle kann eine Verpflichtung zur Entschädigung nicht eintreten.

2) wenn nur der Endzweck des einen Theils vereitelt wird, so bestimmt das A. L. R.:

> Er (der Zurücktretende) muß aber, wenn die Veränderung in seiner Person sich ereignet hat, den Andern vollständig entschädigen. §. 381.

Diese Bestimmung ist in doppelter Weise unrichtig:

a) Es ist unrichtig, daß Jemand auch im Falle der unverschuldet in seiner Person eintretenden Veränderung zur Entschädigung verpflichtet wird.

b) Es ist unrichtig, daß ohne Unterschied zwischen Vorsatz und Verschulden vollständige Entschädigung zu gewähren ist.

Das A. L. R. bestimmt ferner:

> §. 382. Ist die Veränderung in der Person des Andern erfolgt, so kann in der Regel keiner von beiden Theilen Entschädigung fordern.

doch muß:

a) der Zurücktretende diese Entschädigung leisten, wenn er selbst den Andern in diese veränderten Umstände gesetzt hat. §. 383.

b) dagegen kann der Zurücktretende Schadloshaltung verlangen, wenn der Andere die in seiner Person sich zugetragene Veränderung durch seine eigene freie Handlung veranlaßt hat. §. 384.

Auch diese Bestimmungen sind unrichtig. Nicht der Umstand, daß ein Kontrahent die Veränderung verursacht, sondern nur der Umstand, daß ein Kontrahent die Veränderung schuldbar verursacht, verpflichtet zur Entschädigung.

Bornemann bemerkt daher mit Recht, daß der §. 384. unrichtig ist, er hat aber unrecht, wenn er meint, die §§. 381. 383. seien richtig. II. 632.

In Anwendung kommen die allgemeinen Grundsätze im Falle:

a) der Aufhebung des Lieferungsvertrages.

Das A. L. R. sagt I. 11.:

> §. 985. Er (der Widerrufende) muß aber den Lieferanten wegen der zur Erfüllung von seiner Seite bereits gemachten Anstalten und verwendeten Bemühungen oder Kosten vollständig entschädigen.

und im Falle:

b) der Aufhebung eines Miethsvertrages wegen nothwendiger Bauten.

Im Römischen Recht wird nur unterschieden:

1) In dem Falle:

si vitiatum aedificium necessario demolitus esset. l. 30. pr. D. 19. 2.

propter vetustatem cogatur eam reficere. l. 35. pr. l. c.

ging der Anspruch auf Erlaß des Zinses:

pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod ejus temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci, et tanti litem aestimari. l. 30. pr. l. c.

2) In dem Falle dagegen:

sin autem non fuisset necesse demoliri, sed, quia melius aedificare vellet. eod. l. c.

ging die Klage auf das Interesse:

quanti conductoris interesset. eod. l. c.

Nach dem A. L. R. tritt ein Anspruch auf Schadloshaltung ein l. 21.:

α) wenn der Schade schon zur Zeit des geschlossenen Vertrages vorhanden und dem Vermiether ohne eigenes grobes oder mäßiges Versehen nicht verborgen bleiben konnte. §. 364.

β) wenn der Bau durch Vernachlässigung der dem Vermiether obliegenden und ihm von dem Miether zur gehörigen Zeit angezeigten kleineren Reparaturen nothwendig geworden ist. §. 365.

Es wird also angemessener Weise unterschieden, ob den Vermiether ein Verschulden trifft oder nicht.

In gleicher Weise sagt das O. G. B.:

§. 1119. Wenn dem Vermiether die Nothwendigkeit der neuen Bauführung schon zur Zeit des geschlossenen Vertrages bekannt sein mußte oder wenn die Nothwendigkeit der durch längere Zeit fortzusetzenden Ausbesserungen aus Vernachlässigung der kleineren Ausbesserungen entstanden ist, so muß dem Miether für den vermißten Gebrauch eine angemessene Entschädigung geleistet werden.

Der Code Napoléon enthält keine ausdrückliche Bestimmung.

Zweites Hauptstück.

Die auf einem Prinzip des wirklichen Rechts beruhenden Rechte.

Die bisher erörterten Rechte und Rechtsverhältnisse gründen sich auf das Prinzip des strengen Rechts. Die anderweiten Prinzipe der bürgerlichen Gesellschaft, namentlich das moralische Prinzip, erwiesen sich dabei insofern als wirksam, als diese Rechte und Rechtsverhältnisse eigenthümlich modifizirt werden.

Es tritt aber innerhalb des wirklichen Rechts noch eine tiefer eingreifende Wirksamkeit dieser anderweiten Prinzipe ein. Sie werden der Rechtsgrund eigenthümlichen Rechts. Es geschieht dies in folgender Weise:

1) Zunächst erwirbt der nach strengem Rechte Unberechtigte einen eigenthümlichen persönlichen Anspruch (die Rechtsansprüche).
2) Demnächst überkommt der nach strengem Recht unberechtigte Besitzer einer Sache andern unberechtigten Personen gegenüber die Rechte des Eigenthümers (Recht des redlichen Besitzes).
2) Endlich tritt eine wirkliche Veränderung des rechtlichen Zustandes zum Nachtheil des nach strengem Recht Berechtigten und zum Vortheil des nach strengem Recht nicht Berechtigten ein (Veränderung des Rechts).

Erster Abschnitt.

Die Rechtsansprüche.

Die hier zur Erörterung kommenden Rechtsansprüche gründen sich sämmtlich auf das moralische Prinzip, d. h. nur derjenige, welcher in gutem Glauben handelt, erwirbt die Ansprüche.

Diese Ansprüche sind:
1) die Entschädigungsansprüche aus nichtigen Verträgen;
2) die Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn und der Anspruch aus der nützlichen Verwendung;
3) die Ersatzansprüche des Besitzers gegen den Eigenthümer.

Erstes Kapitel.

Die Entschädigungsansprüche aus nichtigen Verträgen.

Streng genommen wäre von der Nichtigkeit der Verträge bei der Lehre von den Verträgen zu handeln. Zur besseren Uebersicht wird jedoch erst hier die Nichtigkeit der Verträge in Betracht gezogen, und zwar von dem Gesichtspunkte aus:

in welchen Fällen ein Vertrag wegen seines Inhalts nichtig ist.

Die Frage, in welchen Fällen ein Vertrag in Folge des Mangels der im wirklichen Recht vorgeschriebenen Form nichtig ist, ist bereits erörtert worden.

Die hierher gehörigen Fälle der Nichtigkeit sind:
1) Nichtigkeit des Vertrages wegen Unfähigkeit eines Kontrahenten, den bezüglichen Vertrag zu schließen;
2) Nichtigkeit des Vertrages wegen Nichtigkeit des Inhalts der Verpflichtung.

Unter diesen Gesichtspunkt fällt:
a) die Verpflichtung einer dem Vertrage nicht beitretenden Person;
b) die Verpflichtung zu etwas thatsächlich Unmöglichem oder rechtlich Unzulässigem.

Aus einem nichtigen Vertrage können nach strengem Recht keinerlei Art von Entschädigungsansprüchen entstehen. Dieser Grundsatz ist im wirklichen Recht beibehalten worden für den Fall, wenn die Kontrahenten wissentlich einen nichtigen Vertrag schließen. Dies ist der Fall:
1) wenn der Inhalt des Vertrages die Nichtigkeit des Vertrages ergiebt;
2) wenn den Kontrahenten der Umstand, welcher den Vertrag nichtig macht, bekannt ist.

Wenn dagegen Jemand unwissentlich einen nichtigen Vertrag schließt, so entsteht in Folge der Wirksamkeit des moralischen Prinzips ein Anspruch auf Entschädigung, und zwar mit folgender Unterscheidung:
1) Wer unwissentlich mit einer Person, welche zum Abschluß des bezüglichen Vertrages eines besonderen Umstandes wegen unfähig ist, denselben abschloß, erwirbt einen Anspruch auf Ent-

schädigung, wenn ihm dieser besondere Umstand ungeachtet der Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit unbekannt blieb.

2) Wer unwissentlich einen wegen Unmöglichkeit oder Unzulässigkeit der Verpflichtung nichtigen Vertrag schloß, erwirbt einen Entschädigungsanspruch:
   a) wenn der andere Kontrahent den nichtigen Vertrag wissentlich schloß;
   b) oder, sofern auch der andere Kontrahent den nichtigen Vertrag unwissentlich schloß, wenn seine Unkenntniß des den Vertrag vernichtenden Umstandes eine unverschuldete, die des andern Kontrahenten aber eine verschuldete war.

Es erweist sich demnächst das moralische Prinzip auch bei der Erfüllung eines nichtigen Vertrages und überhaupt bei der Erfüllung einer nichtigen Verpflichtung insofern als wirksam, als nur derjenige ein Recht der Rückforderung hat, welcher in der irrthümlichen Voraussetzung, verpflichtet zu sein, erfüllte, nicht aber derjenige, welcher wissentlich eine nichtige Verpflichtung erfüllt.

Für ersteren Fall ist auch noch ein allgemeines sittliches Prinzip wirksam, indem demjenigen, welcher eine auch nur sittliche Pflicht erfüllte, das Recht der Rückforderung versagt wird.

Endlich bestimmt sich die Verpflichtung des zur Rückgabe des Empfangenen Verpflichteten verschieden, jenachdem er die Leistung in gutem oder bösem Glauben annahm.

I. Nichtigkeit der Verträge und Ansprüche auf Entschädigung.

A. Wegen Unfähigkeit der Kontrahenten zum Abschluß des bezüglichen Vertrages und Anspruch auf Entschädigung.

§. 265.

Wenn eine Person einen Vertrag schließt, zu dessen Abschluß sie vermöge einer besonderen persönlichen Eigenschaft nicht berechtigt ist, so ist der Vertrag nichtig. Der andere Kontrahent hat jedoch Anspruch auf Entschädigung, wenn ihm die besondere persönliche Eigenschaft des Mitkontrahenten, wegen derer der Vertrag nichtig ist, ungeachtet der Anwendung der gewöhnliche Aufmerksamkeit verborgen blieb.

Nach der Ansicht des Römischen Rechts sind derartige Verträge nichtig.

Bezüglich der Stipulationen wird gesagt:

si stipuler rem, cujus commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet. l. 34. D. 45. 1.

Außerdem werden einzelne Fälle hervorgehoben, in welchen bestimmten Personen (milites und Civil-Magistrate) der Erwerb bestimmter Sachen durch Kauf und Schenkung (in provincia, in qua agit vel militat) untersagt ist. l. 62. pr. D. 18. 1. l. 9. D. 49. 16. l. un. C. 1. 53.

Daß der andere Kontrahent einen Anspruch auf Entschädigung habe, wird nicht gesagt.

Das A. L. R. erörtert zunächst die Fälle, in denen Jemand im Allgemeinen unfähig ist, Verträge zu schließen. §§. 9—30. I. 5.

Demnächst enthält es den Satz:

§. 31. Jeder Kontrahent ist schuldig, nach den Eigenschaften des Andern, welche auf dessen Fähigkeit, Verträge zu schließen, Einfluß haben können, sich gehörig zu erkundigen.

§. 32. Der bloße Mangel der Wissenschaft von der Unfähigkeit des einen Theils soll also dem Andern niemals zu statten kommen.

§. 33. Wer aber nach gehörig angestellter Erkundigung dennoch von einem Unfähigen zur Schließung eines Vertrages verleitet worden, kann aus dem Vermögen desselben Schadloshaltung fordern.

Diese Bestimmung ist auch auf den Fall anzuwenden, wenn eine Person in Folge besonderer persönlicher Eigenschaften unfähig ist, Verträge bestimmter Art zu schließen.

Eine Anwendung dieses allgemeinen Satzes enthält das A. L. R. I. 11.:

§. 19. Zur Schließung eines gültigen Kaufes wird erfordert, daß der Käufer eine solche Sache zu erwerben und zu besitzen fähig sei.

Der Vertrag ist in solchen Fällen nichtig, es können aber Ansprüche auf Entschädigung entstehen, jedoch nur, wenn der Mitkontrahent die schuldige Aufmerksamkeit bei Prüfung der Fähigkeit des andern Kontrahenten angewendet hat.

Dagegen ist nicht wesentlich, daß der Unfähige wissentlich den nichtigen Vertrag schloß, es reicht aus, daß er unfähig ist. Rechtsunwissenheit entschuldigt ihn nicht.

Das O. G. B. enthält den Satz:

§. 866. Wer listiger Weise vorgiebt, daß er Verträge zu schließen fähig sei und dadurch einen Andern, der darüber nicht leicht Erkundigung einholen konnte, hintergeht, ist zur Genugthuung verpflichtet.

Man wird diese Bestimmung auch auf den Fall anwenden können,

wenn eine Person an sich fähig ist, Verträge zu schließen, ihr aber der Abschluß bestimmter Verträge untersagt ist.

Es wird von der einen Seite in etwas unbestimmter Ausdrucksweise Anwendung der schuldigen Aufmerksamkeit erfordert, von der anderen Seite listiges Hintergehen.

Der Code Napoléon enthält nur den allgemeinen Satz:

Art. 1123. Toute personne peut contrâcter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.

Art. 1124. Les incapables de contrâcter sont . . . généralement tous ceux à qui la loi interdit certains contrâts.

Man wird diese Bestimmung auch auf den Fall anwenden können, wenn bestimmten Personen der Abschluß bestimmter Verträge untersagt ist.

Von einem Anspruch auf Entschädigung wird nichts erwähnt.

B. Wegen des Inhalts der Verpflichtung.

1. Verpflichtung einer dem Vertrage nicht beitretenden Person.

§. 266.

Ein Vertrag, durch welchen eine dem Vertrage nicht beitretende Person verpflichtet werden soll, ist nichtig.

Das Römische Recht sagt daher:

nemo alienum factum promittendo obligatur. l. 38. pr. D. 45. 1.

inutiliter promittere factum alienum. l. 38. §. 1. l. c.

si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur. §. 3. J. 3. 20.

Das A. L. R. giebt zunächst an, wie ein Vertrag, wodurch Jemand:

die Handlung eines Dritten verspricht, §. 40. 1. 5.

auszulegen ist und bestimmt demnächst:

Treffen die gesetzlichen Auslegungsregeln nicht zu, oder, wie das A. L. R. sagt:

§. 47. Kann diese Absicht der Kontrahenten nach dem Inhalt des Vertrages oder nach den Umständen nicht angenommen werden, so hat dergleichen Vertrag keine rechtliche Wirkung.

Das O. G. B. sagt;

§ 881. Außer den von den Gesetzen bestimmten Fällen kann Niemand für einen Andern ein Versprechen machen oder annehmen.

und der Code Napoléon:

Art. 1119. On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom, que pour soi même.

2. Verbotene Verträge.

§. 267.

Die durch ein spezielles Gesetz verbotenen Verträge sind nichtig.

Es gehören hierher die einzelnen Fälle der ausdrücklich verbotenen Verträge.

3. Verpflichtung zu etwas thatsächlich Unmöglichem oder rechtlich Unzulässigem.

§. 268.

Ein Vertrag, durch welchen einem Kontrahenten eine thatsächlich unmögliche oder rechtlich unzulässige Verpflichtung auferlegt wird, ist nichtig.

Es fallen unter vorstehenden Gesichtspunkt:

1) diejenigen Verträge, wodurch ein Kontrahent zu etwas absolut Unmöglichem verpflichtet wird.

Das Römische Recht sagt daher im Allgemeinen:

impossibilium nulla obligatio est. l. 185. D. 50. 17.

und speziell:

a) bezüglich der Stipulationen, und zwar:

α) bezüglich der stipulatio dandi:

si quis rem, quae in rerum natura esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti hyppocentaurum qui esse non possit, inutilis erit stipulatio. §. 1. J. 3. 20.

β) bezüglich der stipulatio faciendi:

si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, ut detur, quod dari non potest. l. 35. pr. D. 45. 1.

Es ist also etwas nach dem natürlichen Laufe der Dinge (natura) für Jedermann Unmögliches gemeint. Daher heißt es ferner:

si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alii possibile sit, jure factam obligationem, Sabinus scribit. l. 137. §. 5. D. 45. 1.

b) bezüglich der bonae-fidei-Kontrakte:

quas vero natura . . commercio exuerunt, earum nulla venditio est. l. 34. §. 1. D. 18. 1.

Das A. L. R. sagt 1. 5.:

§. 51. Verträge, wodurch Jemand zu absolut unmöglichen Handlungen oder Leistungen verpflichtet werden soll, sind nichtig.

Das O. G. B.:

§. 878. Was geradezu unmöglich ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden.

Der Code Napoléon enthält nur die Bestimmung, daß bezüglich der obligation à donner und beim Kauf der Gegenstand dans le commerce sein muß. Art. 1128. 1598.

2) diejenigen Verträge, wodurch etwas gesetzlich Unzulässiges versprochen wird.

Es bestimmt daher das Römische Recht:

a) bezüglich der Stipulationen:

generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti. l. 26. D. 45. 1.

stipulatio inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio. l. 61. l. c.

item quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio, veluti si sororem suam nupturam sibi aliquis stipuletur. l. 35. §. 1. l. c.

Allein entscheidend ist dabei, ob nach Lage des Rechts zur Zeit des Vertragsabschlusses das Versprechen contra bonos mores ist:

quamquam etiam si non sit perpetua causa, ut recidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit, quia statim contra mores sit. eod. l. c.

b) bezüglich der bonae-fidei-Kontrakte:

rei turpis nullum mandatum est. l. 6. §. 3. D. 17. 1.

nihil mandati judicio consequi potest propter turpitudinem mandati. l. 22. §. 6. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 4.:

§. 6. Zu Handlungen, welche die Gesetze verbieten, kann durch Willenserklärungen Niemand verpflichtet oder berechtigt werden.

§. 7. Auch nicht zu Handlungen, welche die Ehrbarkeit beleidigen.

und 1. 5.:

§. 68. Verträge über unerlaubte Handlungen gelten eben so wenig, als über unmögliche.

Das O. G. B. sagt:

Was . . . unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. §. 878.

Der Code Napoléon:

Art. 1131. L'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet.

Art. 1133. La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.

3) diejenigen Verträge, wodurch ein Kontrahent zu etwas an sich Möglichem und Erlaubtem, nach Lage der Dinge zur Zeit des Vertragsabschlusses aber Unmöglichem oder Unzulässigem verpflichtet wird.

Koch meint zwar:

den sachlichen Unterschied zwischen der Unmöglichkeit, eine in rerum natura gar nicht vorhandene Sache zu übergeben, und der Unmöglichkeit, welche man eine absolute nennt, zu finden, möchte wohl eine schwere Aufgabe sein. Aus dem Wesen der Sache fließen die Bestimmungen nicht. III. 617.

Er hat jedoch völlig unrecht. Dieser Unterschied ist in allen Gesetzbüchern klar ausgesprochen und er ist auch von wesentlichem Einfluß.

Wenn etwas absolut Unmögliches versprochen wird, so ist der Vertrag unbedingt nichtig und es entsteht aus dem Vertrage keinerlei Art von Anspruch.

Nur im Falle der hypothetischen Unmöglichkeit kann in Folge des Wissens Seitens des einen Kontrahenten und in Folge des Nichtwissens Seitens des andern Kontrahenten ein Anspruch aus dem Vertrage, namentlich ein Anspruch auf Entschädigung, entstehen.

Das Römische Recht erwähnt:

a) Bezüglich der Stipulationen:

α) den Fall der thatsächlichen Unmöglichkeit:

si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem, aut fundum hostium. l. 103. D. 45. 1.

Stichum, qui decessit. l. 83. §. 7. l. c.

β) den Fall der rechtlichen Unzulässigkeit:

sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum, aut basilicam, aut hominem liberum. l. 83. §. 5. l. 103. l. c.

In diesen Fällen ist die stipulatio inutilis, namentlich auch wenn beiden Kontrahenten die wirkliche Sachlage unbekannt war:

si id, quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, palam est, naturali ratione inutilem esse stipu-

lationem; veluti si de homine libero, vel jam mortuo, vel aedibus deustis facta sit stipulatio inter eos, qui ignoraverint, eum hominem liberum esse, vel mortuum esse, vel aedes deustas esse. Idem juris est, si quis locum sacrum aut religiosum dari sibi stipulatus fuerit. l. 1. §. 9. D. 44. 7.

und wenn die wahre Sachlage dem Stipulirenden unbekannt war:

si quis dari stipulatus fuerit Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat. §. 1. J. 3. 20.

si rem sacram aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel liberum hominem, quem servum esse credebat . , dari quis stipuletur. §. 2. J. l. c.

b) Bezüglich der bonae-fidei-Kontrakte:

α) im Falle der thatsächlichen Unmöglichkeit:

Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est. l. 15. pr. D. 18. 1.

namentlich:

combusta domus, quamvis area maneat. l. 57. pr. l. c.

β) im Falle der juristischen Unzulässigkeit:

quas vero res jus gentium, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. l. 34. §. 1. l. c.

Es wird dabei im Falle der thatsächlichen Unmöglichkeit speziell gesagt, daß der Vertrag nichtig ist:

αα) wenn beiden Kontrahenten die wahre Sachlage bekannt war:

quodsi uterque sciebat, et emptor et venditor, domum esse exustam totam, nihil actum fuisse. l. 57. §. 3. l. c.

ββ) wenn beiden Kontrahenten die wahre Sachlage unbekannt war:

Cum eam et ego, et venditor combustam ignoraremus, nihil venisse. l. 57. pr. l. c.

γγ) wenn nur dem Verkäufer die wahre Sachlage bekannt war:

sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit. l. 57. §. 1. l. c.

Im Falle der rechtlichen Unzulässigkeit wird im Allgemeinen auch gesagt:

qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat. l. 62. §. 1. l. c.

Jedoch konnte mit actio empti Entschädigung gefordert werden.

Das A. L. R. verordnet:

a) bezüglich der thatsächlichen Unmöglichkeit 1. 5.:

§. 52. Gleiche Bewandniß hat es (d. h. der Vertrag ist

nichtig) mit der bedingten Unmöglichkeit, wenn sie zur Zeit des geschlossenen Vertrages beiden Theilen bekannt oder beiden unbekannt war.

und speziell I. 11.:

§. 39. War der Gegenstand des Kaufs schon zur Zeit des geschlossenen Vertrages nicht mehr vorhanden, und dieses beiden Theilen noch unbekannt, so ist der Kauf für nichtgeschlossen zu achten.

und I. 5.:

§. 53. War die bedingte Unmöglichkeit nur Demjenigen bekannt, der zu der unmöglichen Handlung oder Leistung sich verpflichtete, so muß er den andern Theil vollständig entschädigen.

I. 11.:

§. 40. Wußte nur der Verkäufer, daß die Sache nicht mehr vorhanden sei, so muß er dem Käufer das Interesse leisten.

Es ist also vorausgesetzt, daß der Vertrag nichtig sei.

b) bezüglich der rechtlichen Unzulässigkeit I. 5.:

§. 58. Verträge über Sachen, welche dem Verkehr entzogen worden, sind insofern gültig, als das Hinderniß gehoben werden kann;

sie sind also unbedingt ungültig, wenn die Sachen dem Verkehr unbedingt entzogen sind. Koch hat daher unrecht, wenn er meint, das A. L. R. behandle alle Verträge über res extra commercium als bedingte. II. 303.

Es behandelt vielmehr nur diejenigen Verträge als bedingte, bezüglich deren die Ausschließung aus dem Verkehr eine nur bedingte ist. Diesen stellt es gleich diejenigen Verträge über unerlaubte Handlungen, bezüglich deren:

von dem entgegenstehenden Verbotsgesetze Dispensation stattfinden kann. §. 69.

Das O. G. B. enthält nur die Bestimmung:

§. 878. Ueber Alles, was im Verkehr steht, können Verträge geschlossen werden. Was nicht geleistet werden kann, was . . unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden.

Die entgeltliche Veräußerung:

einer nicht mehr vorhandenen Sache,

stellt es unter den Gesichtspunkt der Gewährleistung. §. 923.

Der Code Napoléon fordert, daß der Gegenstand des Vertrages dans le commerce sei, Art. 1128. 1598., und bestimmt:

Art. 1601. Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle.

§. 269.

Wenn jedoch der Umstand, wegen dessen die Verpflichtung unmöglich oder unzulässig ist, nur demjenigen Kontrahenten bekannt war, welchem gegenüber die Verpflichtung eingegangen wurde und dieser eine Gegenleistung versprach, so wird er wie aus einem unentgeltlichen Vertrage verpflichtet.

Es bestimmt das Römische Recht:

1) im Falle der rechtlichen Unzulässigkeit:

quodsi emptor sciens liberum esse, emerit, nulla emptio contrahitur. l. 70. D. 18. 1.

Sed Celsus filius ait, hominem liberum scientem te emere non posse, nec cujuscunque rei, (si) scias, alienationem esse, ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est Campus Martius. l. 6. pr. l. c.

Der Vertrag ist also nichtig und auch der Verkäufer hat keinen Anspruch aus dem Vertrage.

2) im Falle der thatsächlichen Unmöglichkeit wird dagegen bestimmt:

ubi emptor quidem sciebat (domum esse exustam), venditor autem ignorabat; et hic enim oportet, et venditionem stare, et omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est, solvi, vel si solutum sit, non repeti. l. 57. §. 2. l. c.

In einem solchen Falle war also der Käufer unbedingt, wie aus einem Kaufvertrage, verpflichtet.

Das A. L. R. enthält:

1) für den Fall der rechtlichen Unzulässigkeit keine spezielle Bestimmung.

Es ist anzunehmen, der Vertrag ist nichtig und nur im Falle der Erfüllung ist das Geschäft:

nicht nach den Regeln von Zahlungen, sondern von Schenkungen zu beurtheilen. §. 181. 1. 16.

2) für den Fall der thatsächlichen Unmöglichkeit unterscheidet das A. L. R. in folgender Weise:

a) Im Allgemeinen wird bestimmt 1. 5.:

§. 54. Wußte nur derjenige, welcher eine Handlung oder Leistung sich versprechen ließ, daß dieselbe dem Versprechenden unmöglich sei, so hat zwar der Vertrag selbst keine verbindliche Kraft.

§. 55. Hat jedoch der, welcher sich das Unmögliche versprechen ließ, dem Versprechenden in Rücksicht auf den Vertrag bereits etwas gegeben oder geleistet, so ist das Geschäft für eine Schenkung anzusehen.

In diesem Falle ist der Vertrag nichtig, und nur im Falle der Erfüllung gilt der in §. 181. I. 16. enthaltene Satz.

Koch meint mit Unrecht:

Die Bestimmung des §. 55. I. 5. stehe mit dem Grundsatz im Widerspruch, daß die an eine unmögliche Bedingung geknüpfte Erklärung unkräftig ist. II. 301.

Es kann hier gar nicht von einer an eine Bedingung geknüpften Erklärung geredet werden, sondern einfach von Erfüllung eines nichtigen Vertrages, und die landrechtliche Bestimmung ist ebenso wenig unrichtig wie die bezügliche des Römischen Rechts. Der Unterschied des A. L. R. vom Römischen Recht liegt nur darin, daß das Römische Recht die Rückforderung unbedingt ausschließt, das A. L. R. dagegen die Rückforderung wie im Falle einer Schenkung zuläßt.

b) Für den Fall des Kaufs bestimmt das A. L. R. I. 11.:

War der Gegenstand des Kaufes schon zur Zeit des geschlossenen Vertrages nicht mehr vorhanden. §. 39.

und:

§. 41. War es nur dem Käufer bekannt, und ist keine andere erlaubte Absicht bei dem Geschäfte mit Zuverlässigkeit auszumitteln, so muß dasselbe in Ansehung des versprochenen oder schon wirklich bezahlten Kaufpreises, nach den Regeln von Schenkungen beurtheilt werden.

In diesem Falle entsteht also schon aus dem Vertrage die Verpflichtung zu erfüllen, aber nicht wie aus einem Kaufvertrage, sondern wie aus einem unentgeltlichen Versprechen.

Es kommt in Frage:

α) ob diese ausnahmsweise Behandlung des Kaufes (resp. Tauschvertrages) gerechtfertigt ist.

Ich glaube dies nicht.

Die bezügliche Bestimmung des Römischen Rechts gründet sich darauf, daß der Kauf ein Konsensualvertrag war, daher ließ man die actio venditi auf das Kaufgeld zu. Die übrigen entgeltlichen Verträge auf ein dare waren Innominatkontrakte, aus dem Vertrage allein entstand keine obligatio, also auch keine Klage. Da das A. L. R. diesen Unterschied nicht kennt, so ist es auch nicht zu rechtfertigen, in dem einen Falle eine Klage zuzulassen, im anderen Falle nicht. Es ist vielmehr angemessen, alle derartigen Fälle gleich Schenkungen, resp. unentgeltlichen Verträgen, zu behandeln.

Wer einen solchen Vertrag schließt, ist hinreichend geschützt, weil

der Schenkende im Falle der Erfüllung das Recht des Widerrufs der Schenkung hat, sofern die Schenkung nicht gerichtlich geschlossen war.

Es kommt ferner in Frage:

β) ob sich die verschiedene Behandlung der thatsächlichen Unmöglichkeit und rechtlichen Unzulässigkeit rechtfertigt.

Ich glaube nicht.

Im Falle der rechtlichen Unzulässigkeit können zwar Versprechungen für etwas Unerlaubtes zum Deckmantel unerlaubter Verträge dienen, allein da es sich hier nur um das Rechtsverhältniß der Kontrahenten zu einander handelt und Seitens dessen, welcher das rechtlich Unzulässige verspricht, weil ihm der Umstand, welcher seine Verpflichtung zu einer rechtlich unzulässigen macht, unbekannt ist, eine unerlaubte Absicht nicht vorliegt, so fehlt es an ausreichendem Grunde, den Fall der rechtlichen Unzulässigkeit anders zu behandeln, als den Fall der thatsächlichen Unmöglichkeit.

Das O. G. B. enthält keine bezügliche Bestimmung.

Den Fall des wissentlichen Erwerbes:

einer nicht mehr vorhandenen Sache

gegen Entgelt stellt es unter den Gesichtspunkt der Gewährleistung. §. 923.

Der Code Napoléon enthält ebenfalls keine bezügliche Bestimmung.

§. 270.

Wenn der Umstand, wegen dessen der Vertrag nichtig ist, nur demjenigen bekannt war, welcher die unmögliche oder unzulässige Verpflichtung übernahm, so hat der andere Kontrahent Anspruch auf Entschädigung.

Nach Römischem Recht war die stipulatio, resp. der bonae-fidei-Vertrag in der Regel nichtig. §. 1. 2. J. 3. 20. l. 57. §. 1. D. 18. 1.

Ansprüche auf Entschädigung konnten daher nur vermittelst der actio doli geltend gemacht werden nach dem Grundsatz:

> quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo. l. 1. §. 1. D. 4. 3.

Es ist dabei wohl vornämlich nur an entgeltliche (bonae fidei) Verträge gedacht. Ausnahmsweise konnte mit der actio empti Entschädigung gefordert werden.

Man ging von dem Grundsatz aus:

difficile dignosci potest liber homo a servo. l. 5. D. 18. 1.

und meinte deshalb:

liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt . . quod idem placet, etiam si venditor sciat, emptor autem ignoret. l. 70. l. c.

und demnächst auch:

Et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi, qui haberi non potest, emptio intelligitur, si ab ignorante emitur. l. 4. l. c.

d. h., der Vertrag war in dem Sinne gültig, daß mit der actio empti Entschädigung gefordert werden konnte:

qui nesciens loca sacra vel religiosa pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur. l. 62. §. 1. l. c.

quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit. §. 5. J. 3. 24.

Das A. L. R. verordnet allgemein, also ohne zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen zu unterscheiden I. 5:

§. 53. War die bedingte Unmöglichkeit nur demjenigen bekannt, der zu der unmöglichen Leistung sich verpflichtete, so muß er den andern Theil vollständig entschädigen.

Dasselbe gilt im Falle eines Vertrages über eine dem Verkehr entzogene Sache oder unerlaubte Handlung. §§. 67. 69. I. 5.

Speziell angewandt wird jener Grundsatz im Falle des Kaufs I. 11.:

§. 40. Wußte nur der Verkäufer, daß die Sache nicht mehr vorhanden sei, so muß er dem Käufer das Interesse leisten.

Das O. G. B. enthält ebenfalls den ganz allgemeinen Satz:

Wer einen Andern durch dergleichen Zusagen täuschet, bleibt dafür verantwortlich. §. 878.

Die Veräußerung:

einer nicht mehr vorhandenen Sache

gegen Entgelt stellte es unter den Gesichtspunkt der Gewährleistung. §. 923.

Der Code Napoléon erwähnt einen Entschädigungsanspruch gar nicht.

§. 271.

Wenn der Umstand, wegen dessen der Vertrag nichtig war, beiden Kontrahenten unbekannt war, so hat derjenige Kontrahent, dessen Unkenntniß eine unverschuldete war, gegen den andern Kontrahenten, dessen Unkenntniß verschuldet war, Anspruch auf Entschädigung.

Im Römischen Recht konnte ein solcher Anspruch in der Regel nicht geltend gemacht werden, weil in der Regel der Vertrag nichtig war und im Falle eines nichtigen Vertrages nur auf Grund eines dolus mit der actio doli geklagt werden konnte. Nur in ganz ausnahmsweisen Fällen gab vielleicht der Praetor Schutz nach dem Grundsatz:

> etenim deceptis sine culpa sua maxime, si fraus ab adversario intervenerit (ausnahmsweise also auch, wenn fraus nicht vorlag), succurri oportebit. l. 7. §. 1. D. 4, 1.

Abgesehen von diesem Falle konnte jedoch, sofern der Vertrag gültig war, ein Anspruch auf Entschädigung erhoben werden, auch wenn dem andern Kontrahenten kein dolus zur Last fiel.

Das war der Fall, wenn eine res extra commercium verkauft wurde:

> liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. l. 70. D. 18. 1.

und:

> qui nesciens loca sacra, vel religiosa pro privatis comparavit. l. 62. §. 1. l. c.

In einem solchen Falle kamen die Grundsätze von der Eviktion in Anwendung:

> qui liberum hominem sciens vel ignorans tanquam servum vendat, evictionis nomine obligatur. l. 39. §. 3. 4. D. 21. 2.

Ob der Anspruch auch bestand, wenn die ignorantia des Käufers eine verschuldete war, ist nicht ausdrücklich gesagt.

Im Allgemeinen gilt zwar der Grundsatz:

> ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit. l. 15. §. 1. D. 18. 1.

Allein, daß man einen Anspruch nur gegeben habe, wenn die ignorantia eine zu rechtfertigende war, wird nirgends angedeutet. Im Falle des Kaufs eines homo liber nahm man ohne Weiteres an, die Unwissenheit sei eine gerechtfertigte:

quia difficile dignosci potest liber homo a servo.
l. 5. l. c.

Das A. L. R. erwähnt im Falle, wenn beiden Kontrahenten der Umstand, wegen dessen der Vertrag nichtig war, unbekannt war, keinen Anspruch auf Entschädigung. Daß ein solcher Anspruch geltend gemacht werden kann, folgt jedoch aus allgemeinen Grundsätzen.

Es wird nämlich gesagt 1. 3.:

§. 16. Ein Jeder ist aber auch schuldig, in den Geschäften des bürgerlichen Lebens Aufmerksamkeit anzuwenden, daß er den Gesetzen gemäß handle.

Eine Folge davon ist, daß derjenige, welchem ungeachtet der Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit die Unfähigkeit des andern Kontrahenten unbekannt blieb, einen Anspruch auf Entschädigung hat. Es setzt dann aber auch das A. L. R. voraus, daß Jedermann beim Abschluß eines Vertrages die die Gültigkeit des Vertrages bedingenden anderweiten Umstände mit Aufmerksamkeit prüfe. In dieser Voraussetzung sagt es 1. 5.:

§. 284. Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch auf den Fall, wenn einer der Kontrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt.

Dieser Paragraph ist nicht bloß anwendbar, wenn ein gültiger Vertrag zu Stande kommt, sondern auch wenn kein gültiger Vertrag zu Stande kommt.

Für letzteren Fall muß der Grundsatz gelten:

Bei Abschließung eines Vertrages muß jeder Kontrahent die die Gültigkeit des Vertrages bedingenden Umstände mit gewöhnlicher Aufmerksamkeit prüfen. Wer dies unterläßt und dadurch einen nichtigen Vertrag herbeiführt, haftet nach dem Grade seiner Verschuldung.

Die Fassung des Paragraphen ist jedoch keine gelungene, weil nach wörtlicher Auslegung beim Abschluß des Vertrages dieselbe Aufmerksamkeit angewendet werden müßte, wie bei Erfüllung des Vertrages, so daß also z. B. ein Sachverständiger, welcher bei Erfüllung einer Sachkenntniß erfordernden Verpflichtung die Aufmerksamkeit eines Sachverständigen anwenden muß, dieselbe Aufmerksamkeit auch beim Abschluß des Vertrages anwenden müßte. In diesem Sinne ist der Paragraph unrichtig. Beim Abschluß des Vertrages ist die gewöhnlich übliche Aufmerksamkeit anzuwenden, nur wenn es sich um Erfüllung des Vertrages handelt, kommt die Eigenthümlichkeit des Vertrages in Betracht.

Das O. G. B. enthält den richtigen Grundsatz:

Wer ihn aus schuldbarer Unwissenheit verkürzt, bleibt dafür verantwortlich. §. 878.
Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

§. 272.

Wenn der Umstand, wegen dessen der Vertrag nichtig ist, beiden Kontrahenten bekannt war, so hat kein Contrahent einen Anspruch auf Entschädigung.

Im Römischen Recht folgt dies aus dem Grundsatz:
si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. l. 36. D. 4. 3.
Es wird daher gesagt:
quodsi uterque sciebat, et emptor et venditor, domum esse exustam totam, nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando, et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente. l. 57. §. 3. D. 18- 1.
Nach dem A. L. R. ist ein derartiger Vertrag nichtig. Ansprüche auf Entschädigung kann kein Theil begründen. Der §. 357. 1. 5. A. L. R. ist nicht anwendbar, derselbe setzt einen gültigen Vertrag voraus.
Nach dem O. G. B. ist ein derartiger Vertrag nichtig und Ansprüche auf Entschädigung treten nicht ein.
Der Fall der entgeltlichen Veräußerung einer nicht vorhandenen Sache fällt unter den Gesichtspunkt der Gewährleistung. §. 923.
Nach dem Code Napoléon ist der Vertrag nichtig und von Ansprüchen auf Entschädigung keine Rede.

4. Verpflichtung zu etwas zum Theil Unmöglichen oder zum Theil Unzulässigem.

§. 273.

Die in den vorstehenden Paragraphen enthaltenen Grundsätze kommen auch zur Anwendung, wenn das Versprochene in einem wesentlichen Theile unmöglich oder unzulässig ist, jedoch mit folgenden Maaßgaben:

1) Wenn die wahre Sachlage nur demjenigen bekannt ist, welcher das in einem wesentlichen

Theile Unmögliche oder Unzulässige verspricht, so hat der andere Theil das Recht, bei dem Vertrage stehen zu bleiben und Herabsetzung seiner Gegenleistung und Entschädigung zu fordern.

2) Wenn die wahre Sachlage nur dem andern Kontrahenten bekannt war, so besteht der Vertrag, und der Mitkontrahent ist nur soweit verpflichtet, als sein Versprechen möglich und zulässig ist.

Es gehört hierher nicht der Fall, wenn mehrere besondere mögliche und unmögliche Verpflichtungen vorliegen. §. 50. In einem derartigen Falle wird jede Verpflichtung als eine für sich bestehende angesehen. l. 1. §. 5. l. 126. §. 3. D. 45. 1. l. 34. pr. D. 21. 1.

Der hierher gehörige Fall ist, wenn nur Ein Vertrag vorliegt, und die Verpflichtung zum Theil möglich, zum Theil unmöglich ist.

Im Römischen Recht wird im Allgemeinen davon ausgegangen:

Wenn der größere Theil unmöglich ist, so ist der Vertrag nichtig.

Daher wird gesagt:

hanc legem venditionis: si quid sacri vel religiosi est, ejus venit nihil, supervacuam non esse, sed ad modica loca pertinere. l. 22. D. 18. 1.

In modicis autem ex empto esse actionem, quia non specialiter locus sacer vel religiosus venit, sed emptioni majoris partis accessit. l. 24. l. c.

Bestimmter sind die Vorschriften für den Fall:

si pars domus (exustae) maneret. l. 57. pr. l. c.

und im A. L. R. für den Fall:

wenn ein Theil von der Substanz der verkauften Sache schon zur Zeit des abgeschlossenen Vertrages nicht mehr vorhanden war, §. 42. 1. 11.

d. h., wenn ein solcher Theil fehlt, ohne welchen die Sache das nicht sein kann, was sie vorstellen soll, oder wozu sie bestimmt ist. §. 4. 1. 2. also: ein substanzieller wesentlicher Theil.

Die bezüglichen Bestimmungen gehen dahin:

a) Die wahre Sachlage war beiden Kontrahenten unbekannt.

Das Römische Recht sagt:

cum eam et ego, et venditor combustam ignoraremus

— si pars domus maneret — Neratius ait, in hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat, ut si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem; sed etiam, quod forte solutum ab eo est, repetet. l. 57. pr. D. 18. 1.

Der Käufer war also nicht verpflichtet den Kauf zu erfüllen. d. h. man nahm an, der Kauf sei nichtig. Daß dies nicht geradezu gesagt ist, ist zufällig. Man brauchte den Ausdruck:

non compellatur perficere emptionem,

weil zunächst nur der Käufer das Interesse hatte, die Nichtigkeit zu behaupten. Der Käufer hatte namentlich kein Recht, Herabsetzung seiner Gegenleistung zu fordern. Nur:

Sin vero vel dimidia pars, vel minor, quam dimidia exusta fuerit

galt der Grundsatz:

tunc coarctandus est emptor venditionem adimplere;

und es wurde der Kaufpreis ermäßigt:

aestimatione viri boni arbitratu habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus praestatione liberetur. eod. l. c.

Das A. L. R. bestimmt in gleicher Weise:

und war dieses beiden Theilen unbekannt, so ist der Vertrag für nicht geschlossen anzusehen. §. 42. 1. 11.

b) Die wahre Sachlage war beiden Kontrahenten bekannt.

Im Römischen Recht galt der Satz:

quodsi uterque sciebat et emptor, et venditor, domum esse exustam ex parte, nihil actum fuisse. l. 57. §. 3. l. c.

In diesem Falle berücksichtigte man also gar nicht:

quanta pars domus permaneat.

Man ging darin zu weit.

Das A. L. R. enthält keine ausdrückliche Bestimmung für diesen Fall.

Koch meint:

War es Beiden bekannt, so muß nach dem, was aus dem Wesen der Sache fließt, der Vertrag unbedingt gelten, weil die Sache in dem dermaligen bekannten Zustande Gegenstand des Kaufs gewesen ist. III. 618.

Diese Meinung beruht auf einem Irrthum. Daß die Römischen Juristen aus dem Wesen der Sache das Gegentheil folgerten, ergiebt die citirte Stelle.

Der Irrthum Kochs liegt darin, daß er annimmt:

die Sache sei in dem dermaligen bekannten Zustande Gegenstand des Kaufs gewesen,

während in der That die Sache so liegt, daß der Inhalt des Vertrages im Widerspruch steht mit der wahren Sachlage. Denn der Inhalt des Vertrages geht auf den Kauf eines ganzen Hauses, in Wirklichkeit aber ist nur ein zum Theil abgebranntes Haus vorhanden. Wegen dieses Widerspruchs ist der Vertrag nichtig; ganz ebenso wie in dem Falle der:

combusta domus, quamvis area maneat.

Von diesem Falle sagt Koch selbst:

es versteht sich von selbst, daß der Kauf in solchem Falle nichts ist. III. 617.

Mit gleichem Recht könnte Koch, wie vom ersteren Falle, so auch von diesem sagen:

Der Kauf müsse gelten, weil die Sache in dem dermaligen bekannten Zustande (d. h. als area) Gegenstand des Kaufs gewesen.

Nur wenn es wirklich im Willen der Kontrahenten lag, nicht das ganze Haus, sondern das Haus im dermaligen Zustande zum Gegenstand des Kaufs zu machen, kann eine unrichtige Ausdrucksweise den Vertrag nicht vernichten.

c) Nur der Verkäufer kannte die wahre Sachlage.

In diesem Falle war nach Römischem Recht der Vertrag gültig:

sin autem venditor quidem sciebat, emptor autem ignorabat . . . si quantacunque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori, quod interest, restituere. l. 57. §. 1. l. c.

Der Käufer hatte also nach den allgemeinen Grundsätzen nur eine Klage auf das Interesse, nicht auf Aufhebung des Vertrages.

Nach dem A. L. R. dagegen hat der Käufer das Recht zwischen Aufhebung des Vertrages und Aufrechthaltung des Vertrags zu wählen. I. 11.:

§. 44. War es nur dem Verkäufer bekannt, so ist der Käufer an den Vertrag nicht gebunden, und kann von ersterem die Leistung des Interesses fordern.

§. 45. Will der Käufer bei dem Vertrage stehen bleiben, so finden die Vorschriften von der Gewährleistung statt.

d) Nur der Käufer kannte die wahre Sachlage.

Das Römische Recht sagt:

ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat; et hic enim oportet, et venditionem stare, et omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est, solvi, vel si solutum sit, non repeti. l. 57. §. 2. l. c.

und ebenso das A. L. R. I. 11.:

§. 43. War es nur dem Käufer bekannt, so besteht der Vertrag auch in Ansehung des verabredeten Kaufpreises.

Das O. G. B. sagt:

§. 882. Sind unmögliche und mögliche Dinge zugleich versprochen worden, so müssen die möglichen erfüllt werden.

Diese Bestimmung reicht jedoch nicht aus, wenn es sich um eine einzige zum Theil mögliche, zum Theil unmögliche Verpflichtung handelt und eine Gegenleistung dafür versprochen ist.

Vielmehr ist dieser Fall nach dem O. G. B. unter den Gesichtspunkt der Gewährleistung zu stellen.

Der Code Napoléon sagt:

Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation. Art. 1601.

Insofern diese Bestimmung wörtlich Anwendung findet, wenn auch nur ein unbeträchtlicher Theil fehlt, und ohne Rücksicht auf die Wissenschaft des Verkäufers, kann darin eine große Härte gegen den Verkäufer liegen.

5. Verpflichtung zur Uebertragung eines bereits zustehenden Rechts.

§. 274.

Nach denselben Grundsätzen wie der Fall des Versprechens von etwas Unmöglichem ist der Fall zu entscheiden, wenn durch den Vertrag Jemandem ein Recht übertragen wird, welches ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits zusteht.

Diesen Fall erwähnt ausdrücklich das Römische Recht. Es erklärt einen derartigen Vertrag unbedingt für nichtig.

Es sagt:

a) bezüglich der Stipulationen:

non valet stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est. l. 29. §. 1. D. 45. 1. §. 2. J. 3. 20.

nemo rem suam utiliter stipulatur. l. 82. pr. D. 45. 1.

und namentlich:

inutilis est stipulatio, si quis rem suam, ignorans suam esse, stipulatus fuerit. l. 1. §. 10. D. 44. 7.

b) bezüglich des Kaufs und locatio:

suae rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emi. l. 16. pr. D. 18. 1.

rei suae nulla emptio. l. 40. pr. D. 13. 7.

nullius momenti locatio est, quia dominus suam rem conduxisset. l. 21. D. 41. 3.

c) allgemein:

neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio rei suae consistere potest. l. 45. pr. D. 50. 17.

qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur, sicuti, qui rem suam conducit, aut precario rogat, nec precario tenetur, nec ex locato. l. 15. D. 16. 3.

Der Fall, wenn nur ein Kontrahent die wahre Sachlage kannte, wird nicht besonders erörtert.

Es heißt nur beim Kauf:

sed si ignorans emi, quod solvero, repetere potero, quia nulla obligatio fuit. l. 16. pr. D. 18. 1.

Servum meum insciens a te emi, pecuniamque tibi solvi, eam me a te repetiturum, et eo nomine condictionem mihi esse, omnimodo puto, sive scisses meum esse, sive ignorasses. l. 37. D. 12. 6.

Wer wissentlich seine eigene Sache kaufte, der konnte jedenfalls nicht condiciren. Daß er verpflichtet gewesen, das Kaufgeld zu zahlen, wie derjenige, welcher wissentlich domum exustam kaufte, wird aber nicht gesagt. Es ist aber jedenfalls angemessen, beide Fälle nach gleichen Grundsätzen zu behandeln.

Das Römische Recht erörtert dann auch den Fall, wenn das Recht, welches Jemand kauft, ihm bereits theilweise zusteht. Es wird gesagt, der Vertrag sei gültig, aber der Kaufpreis sei verhältnißmäßig herabzusetzen:

Nec tamen emptioni obstat, si in ea re ususfructus duntaxat ementis sit. l. 16. §. 1. D. 18. 1.

officio tamen judicis pretium minuetur. l. 17. l. c.

Sed si communis ea res emptori cum alio sit, dici debet, scisso pretio pro portione, pro parte emptionem valere, pro parte non valere. l. 18. pr. l. c.

Es dürfte auch für diesen Fall angemessen sein, die Grundsätze der vorangehenden Paragraphen anzuwenden.

Die neueren Gesetzbücher enthalten keine bezüglichen Bestimmungen.

6. Verpflichtung zur Uebertragung eines dem Versprechenden nicht zustehenden Rechts.

§. 275.

Ein Vertrag, nach dessen Inhalt ein Kontrahent die Uebertragung eines ihm nicht zustehenden Rechts verspricht, ist nichtig, und es entstehen daraus keinerlei Art von Ansprüchen für den einen oder anderen Kontrahenten.

Im Römischen Recht wird gesagt:

quaesitum est, utrum propriam demum rem, an et alienam promittere possit habere licere.

Et magis est, ut et alienam promitti possit;

aber aus einem solchen Versprechen entstand keine unbedingte Verpflichtung, sondern nur eine bedingte:

quae res ita effectum habebit, si propria esse promissoris coeperit.

Die stipulatio hatte also keine rechtliche Wirkung:

stipulationem non committi, si perseveraverit aliena. l. 38. §. 4. D. 45. 1.

Das A. L. R. erörtert den Fall:

wenn beide Theile ausdrücklich über fremde Sachen oder Rechte einen Vertrag geschlossen haben. §. 46. 1. 5.

Es giebt an, wie ein solcher Vertrag auszulegen ist, bestimmt aber demnächst: Treffen diese Auslegungsregeln nicht zu,

so hat dergleichen Vertrag keine rechtliche Wirkung. §. 47.

Eine Anwendung dieser Grundsätze wird namentlich gemacht 1. 11.:

wenn beide Theile ausdrücklich über eine fremde Sache contrahirt haben. §. 139.

Das O. G. B. enthält keine bezügliche Bestimmung und der Code Napoléon nur den auch auf diesen Fall anwendbaren Satz

Art. 1599. La vente de la chose d'autrui est nulle

§. 276.

Wenn das Recht, welches ein Kontrahent als ein ihm zustehendes überträgt, ihm nicht zusteht, und dies beiden Kontrahenten beim Abschluß des Vertrages bekannt ist, so ist der Vertrag nichtig, und es ent=

steht keinerlei Art von Ansprüchen für den einen oder den anderen der Kontrahenten.

Im Römischen Recht galt im Allgemeinen der Grundsatz:

si quis promittat, cujus non commercium habet, ipsi nocere, non mihi. l. 34. D. 45. 1.

und:

rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est, nam emptio est et venditio; sed res emptori auferri potest. l. 28. D. 18. 1.

Der Vertrag war also gültig und es traten die Grundsätze von der Gewährleistung ein. Es ist auch, abgesehen von dem schon erörterten Falle einer stipulatio (cf. §. 275.) nicht gesagt, daß ein Vertrag nichtig sei:

a) wenn ausdrücklich eine fremde Sache veräußert wird,
b) oder wenn beiden Theilen beim Abschluß des Vertrages bekannt ist, daß die Sache eine fremde ist.

Nur im Falle der Veräußerung einer res furtiva wird letzterer Fall dahin entschieden:

item si et emptor, et venditor scit furtivum esse, quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur. l. 34. §. 3. D. 18. 1.

Der Vertrag ist also nichtig.

Es wird sogar der Vertrag für nichtig erklärt, wenn nur der Käufer allein weiß, daß die res eine furtiva ist, denn es heißt nicht nur:

si emptor solus scit, non obligabitur venditor,

sondern auch:

nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit, praestet. eod. l. c.

Im Falle eines Innominatkontrakts kam jedoch die Sache eigenthümlich zu stehen.

In Folge des Grundsatzes:

non videntur data, quae eo tempore, quo dentur, accipientis non fiunt. l. 167. D. 50. 17.

entstand überhaupt für den Empfänger einer fremden Sache keine Verpflichtung, seinerseits zu erfüllen:

Ideo Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. l. 1. §. 3. D. 19. 4.

War dagegen einmal eine obligatio entstanden, so hatte es keinen Einfluß auf die Gültigkeit des Vertrages, wenn auch die als Gegenleistung versprochene Sache eine fremde war. So lange die Sache noch nicht übergeben war, konnte der, welcher seinerseits übergeben hatte, in Folge des jus poenitendi vom Vertrage zurücktreten, nach der Uebergabe hatte er dagegen nur Ansprüche in Folge der Eviktion, in factum actionem. l. 1. §. 1. l. c.

Dagegen konnte er die seinerseits gegebene Sache nicht zurückfordern.

War beiderseits gleichzeitig übergeben, so ist anzunehmen, daß jeder Theil nur eine Klage auf das Interesse hatte.

Vorstehende Bestimmungen des Römischen Rechts sind nicht ohne Einfluß geblieben bei Abfassung der neuern Gesetzbücher.

Das A. L. R. sagt zwar ganz allgemein 1. 11.:

> §. 19. Zur Schließung eines gültigen Kaufs wird erfordert, daß der Verkäufer über das Eigenthum der Sache zu verfügen berechtigt sei.

In welchem Sinne aber der Vertrag ungültig ist, wird nicht gesagt.

Nur wenn ausdrücklich eine fremde Sache gekauft wurde, wird der Vertrag für nichtig erklärt. Wenn ein solcher Vertrag nicht vorliegt, so hat Derjenige, welcher die fremde Sache erwirbt, nach §. 136. 1. 11. das Recht, die Aufhebung des Vertrages nach den Grundsätzen von der Gewährleistung zu fordern, d. h. in dem Falle, wenn er eine fremde Sache unwissentlich gekauft hat. Wer wissentlich eine fremde Sache kauft, kann keine Gewährleistung fordern. Ob er aber seinerseits verpflichtet ist, zu erfüllen, wird nicht ausdrücklich gesagt. §. 159. 1. 11. Nur die Bestimmung findet sich:

> §. 160. Hat auch der Verkäufer gewußt, daß er eine fremde Sache, als seine eigene, verkauft, so fällt Alles, was er aus dem Vertrage an Kaufgeld oder sonst erhalten hat, dem Fiskus anheim.

Der Käufer hat also kein Recht der Rückforderung, ob aber, so lange der Käufer noch nicht erfüllt hat, der Verkäufer ein Recht hat, Erfüllung zu fordern, und ob eventuell der Fiskus anstatt des Verkäufers Erfüllung fordern kann, ist nicht gesagt.

Man muß annehmen:

> Wenn beide Theile wissentlich über eine fremde Sache kontrahiren, so ist bezüglich ihrer der Vertrag nichtig. Das etwa Gegebene erhält der Fiskus. Hat nur der Käufer wissentlich eine fremde Sache gekauft, so ist er zur Zahlung des Kaufgeldes verpflichtet und hat seinerseits nur das Recht, Uebergabe der Sache, nicht aber Gewährleistung zu fordern.

Für den Fall des Tausches wird verordnet:

> §. 367. Sind fremde Sachen vertauscht worden, so finden die Vorschriften §. 154. sq. ebenfalls Anwendung.
>
> §. 368. Doch muß der Geber der fremden Sache, insofern er überhaupt zur Vertretung verpflichtet ist, dem Empfänger, welchem diese Sache ganz entzogen worden, die von ihm dafür erhaltene Sache zurückgeben.

Der Empfänger der Sache hat also einen Anspruch auf Auf-

hebung des Vertrages, resp. Rückgabe des Gegebenen, und außerdem nach Lage der Sache Anspruch auf Entschädigung.

Nur in dem Falle:

wenn sich der Geber der fremden Sache eines Betruges schuldig gemacht

hat der Empfänger auch das Recht, bei dem Vertrage stehen zu bleiben,

und von dem Geber wegen des aus der Entziehung der eingetauschten Sache erwachsenen Schadens und entgangenen Gewinns vollständige Genugthuung zu fordern. §. 369.

Das O. G. B. stellt den Fall:

wenn Jemand eine fremde Sache als die seinige veräußert, §. 923.

unter den Gesichtspunkt der Gewährleistung.

Es enthält ebenfalls nur die Bestimmung:

§. 929. Wer eine fremde Sache wissentlich an sich bringt, hat keinen Anspruch auf Gewährleistung.

Man wird annehmen müssen:

1) Wenn der Veräußernde unwissentlich eine fremde Sache veräußert, so hat der Erwerbende nur Anspruch auf Uebergabe der Sache und ist seinerseits aus dem Vertrage verpflichtet.
2) Ob der Veräußernde irgend einen Anspruch hat, wenn auch er wissentlich eine fremde Sache veräußerte, ist nicht gesagt.

Ebenso ist der Fall nicht entschieden:

wenn ausdrücklich über eine fremde Sache kontrahirt wird.

Der Code Napoléon sagt ganz allgemein:

Art. 1599. La vente de la chose d'autrui est nulle.

Danach würde es nur darauf ankommen, ob die Sache eine fremde ist oder nicht, ohne weitere Unterscheidung:

ob dies dem einen oder andern Kontrahenten bekannt war oder nicht.

Die Wissenschaft hätte nur die Wirkung:

elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. l. c.

Der Code Napoléon enthält aber auch noch spezielle Bestimmungen für den Fall der Eviktion. Danach hat der Empfänger der fremden Sache nur dann Anspruch auf restitution du prix:

que l'acquéreur n'ait connu, lors de la vente, le danger de l'éviction. Art. 1629.

und der Vertrag ist nicht nichtig:

wenn der Erwerber wissentlich eine fremde Sache kauft.

Es ist aber nicht gesagt:

ob der Verkäufer ein Recht hat, das Kaufgeld zu fordern, namentlich, wenn auch er wissentlich eine fremde Sache verkauft.

Man wird annehmen müssen:

wenn er unwissentlich eine fremde Sache verkaufte, hat er das Recht, das Kaufgeld zu fordern, sofern er die Sache übergiebt. Dagegen ist er zur Gewährleistung nicht verpflichtet.

Wenn er wissentlich eine fremde Sache verkauft, so hat er kein Recht, das Kaufgeld zu fordern.

Für den Fall des Tausches enthält der Code Napoléon eine dem Römischen Recht nachgebildete Bestimmung:

Art. 1704. Si l'un des copermutans a déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue.

Es ist also vorausgesetzt, daß beim Abschluß des Tausches dem Erwerber unbekannt war, daß die Sache eine fremde sei.

Welches Rechtsverhältniß aber eintritt, wenn es dem Erwerber beim Abschluß des Tausches bekannt war, daß die Sache eine fremde sei, ist nicht gesagt. Man muß also den Grundsatz vom Kauf analog anwenden, nämlich dahin:

1) wenn dem andern Kontrahenten unbekannt war, daß die Sache eine fremde ist, so ist er nur zur Uebergabe verpflichtet, nicht zur Gewährleistung;
2) wenn dem andern Kontrahenten bekannt war, daß die Sache eine fremde sei, so hat er kein Recht, Erfüllung des Vertrages zu fordern.

7. Verpflichtung zur Uebertragung eines Rechts, dessen Veräußerung dem Versprechenden nicht zusteht.

§. 277.

Dieselben Grundsätze gelten, wenn Jemand ein Recht überträgt, dessen Veräußerung ihm nicht zusteht.

Das Römische Recht enthält die schon gedachten allgemeinen Bestimmungen.

Das A. L. R. sagt allgemein I. 4.:

§. 2. Wenn eine Willenserklärung rechtliche Wirkungen hervorbringen soll, so muß der Erklärende über den Gegenstand nach dem Inhalt seiner Erklärung zu verfügen berechtigt sein.

und speziell I. 11.:

Zur Schließung eines gültigen Kaufs wird erfordert,

daß der Verkäufer über das Eigenthum der Sache zu verfügen berechtigt sei. §. 19.

Insbesondere wird für den Fall, wenn:

durch rechtliche Privatverfügungen Sachen dem Verkehr entzogen werden,

verordnet 1. 4.:

§. 16. Dergleichen Privatverfügung bindet einen Jeden, welchen der Verfügende zu verpflichten berechtigt war.

§. 17. Doch darf auch ein Dritter, welchem dergleichen Privatverfügung bekannt geworden ist, derselben nicht entgegenhandeln.

d. h. aus einem wissentlich dagegen geschlossenen Vertrage entstehen keine Ansprüche.

Unter diesen Gesichtspunkt fällt die Veräußerung des Anrechts an einem Miteigenthum. §. 60. sq. 1. 17. A. L. R.

Das O. G. B. und der Code Napoléon enthalten keine spezielle Bestimmungen.

II. Erfüllung einer nichtigen Verpflichtung.

A. Wissentliche Erfüllung.

§. 278.

Wer Etwas leistet oder eine Verpflichtung eingeht, obwohl ihm bekannt ist, daß er dazu nicht verpflichtet ist, wird demjenigen gleichgeachtet, welcher freiwillig eine unentgeltliche Verpflichtung übernimmt.

Das Römische Recht sagt daher:

Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. l. 53. D. 50. 17.

si sciens se non debere solvit, cessat repetitio. l. 1. §. 1. D. 12. 6.

namentlich auch:

quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest. l. 50. l. c.

und:

si is, qui perpetua exceptione tueri se poterat, cum sciret sibi exceptionem profuturam, promiserit aliquid, ut liberaretur, condicere non potest. l. 24. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 16.:

wenn nicht nachgewiesen oder sonst aus den Umständen entnommen werden kann, daß die Zahlung wirklich aus Irrthum

geschehen sei, so ist das Geschäft nicht nach den Regeln von Zahlungen, sondern von Schenkungen zu beurtheilen. §. 181. Es findet also der Widerruf so wie bei Schenkungen statt.

Das O. G. B. schließt die Rückforderung aus:

wenn Jemand eine Zahlung leistet, von der er weiß, daß er sie nicht schuldig ist. §. 1432.

Der Code Napoléon sagt ganz allgemein:

ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. Art. 1235.

Ob dieser Satz auch gelten soll, wenn Jemand wissentlich eine nichtige Verpflichtung erfüllt, ist nicht gesagt.

B. Irrthümliche Erfüllung.

§. 279.

Wer in der irrthümlichen Voraussetzung, dazu rechtlich verpflichtet zu sein, einem Andern Etwas giebt oder leistet, oder eine Verpflichtung übernimmt, hat Anspruch auf Rückgabe oder Vergütung oder Aufhebung der übernommenen Verpflichtung.

Das Römische Recht sagt:

si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest. l. 1. §. 1. D. 12. 6.

quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur. l. 7. l. c.

(licet aliud praestemus aliud condicimus. l. 26. §. 12. l. c.)

posse condici, quanti operas essem conducturus (operae, quae recipiunt aestimationem). eod. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 16.:

Soll eine ohne Vorbehalt geleistete Zahlung widerrufen werden, so muß ausgemittelt sein, daß die Zahlung aus einem wirklichen Irrthum geschehen sei. §. 178.

§. 196. Hat die Erfüllung der vermeinten Verbindlichkeit in Handlungen bestanden, wofür der Leistende belohnt zu werden pflegt, so kann derselbe diesen Lohn unter eben den Umständen nachfordern, unter welchen er eine geleistete Zahlung zu widerrufen berechtigt sein würde.

§. 197. Wegen anderer aus Irrthum geleisteter Handlungen kann der Leistende, selbst unter diesen Umständen, nur alsdann Vergütung fordern, wenn der Andere gewußt hat, daß

ihm diese Leistung nicht gebühre und die Handlung an sich einer Schätzung fähig ist.

Das O. G. B. sagt:

§. 1431. Wenn Jemanden aus Irrthum, wäre es auch ein Rechtsirrthum, eine Sache oder Handlung geleistet worden, wozu er gegen den Leistenden kein Recht hat, so kann in der Regel im ersten Falle die Sache zurück gefordert, im zweiten aber ein dem verschafften Nutzen angemessener Lohn verlangt werden.

Der Code Napoléon:

Art. 1377. Lorsq'une personne, qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier.

Im Interesse des Gläubigers wird jedoch bestimmt:

Néanmoins, ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du paiément, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur.

Ob dieser recours contre le veritable débiteur unbedingt oder nur nach allgemeinen Grundsätzen statt haben soll, ist unbestimmt gelassen. Vergl. §. 286.

Auch eine irrthümlich eingegangene Verpflichtung kann widerrufen werden.

Das Römische Recht sagt:

Sed si falso existimans, se damnatum vendere, vendiderit, dicendum est, agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor submoveri potest, quemadmodum si falso existimans se damnatum dare, promisissit, agentem doli mali exceptione submoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur. l. 5. §. 1. D. 19. 1.

is, qui plus quam haereditaria portio efficit, per errorem creditori caverit, indebiti promissi habet condictionem. l. 31. D. 12. 6.

si fundi mei usumfructum tibi dedero, falso existimans me eum tibi debere, et, antequam repetam, decesserim, condictio ejus ad haeredem quoque meum transibit. l. 12. l. c.

qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt, ut liberentur. l. 3. D. 12. 7.

Das A. L. R. 1. 16.:

§. 468. Doch kann der Schuldner unter eben den Umständen, unter welchen die Rückforderung einer geleisteten Zahlung stattfindet, die zur Tilgung einer älteren eingeschrittene neue Verbindlichkeit widerrufen.

Der Code Napoléon sagt:

L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ne peut avoir aucun effet. Art. 1131.

§. 280.

Der Anspruch fällt jedoch fort:

1) wenn der Leistende zur Leistung sittlich verpflichtet war,

2) oder der Empfänger nur das erhielt, was er von einem Andern zu fordern hatte.

ad 1. bestimmt das Römische Recht bezüglich der condictio indebiti:

debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est. l. 64. D. 12. 6.

naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest. l. 19. pr. D. 12. 6.

Unter obligatio naturalis ist die nicht klagbare, aber im Wege der exceptio gültige Verpflichtung zu verstehen. Wenn dagegen eine Verpflichtung durch das Gesetz für nichtig erklärt wurde, oder in Folge einer exceptio nichtig war, so bestand auch keine obligatio naturalis:

Ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit. l. 54. D. 12. 6.

namentlich also gegen den nicht:

qui perpetua exceptione tueri se poterat. l. 24. D. 12. 6.

Insbesondere entstand aus nichtigen Verträgen gar keine Verpflichtung, obligatio nulla, also auch keine natürliche Verpflichtung, obligatio naturalis.

Es verstand aber das Römische Recht auch eine nur sittliche Verpflichtung unter obligatio naturalis, also den Fall, wenn keine spezielle Verpflichtung durch einen einzelnen Akt begründet wurde, sondern wenn nur eine allgemeine sittliche Verpflichtung bestand, wie z. B. die Verpflichtung des libertus, dem Patron Dienste zu leisten:

natura enim operas patrono libertus debet. l. 26. §. 12. D. 12. 6.

In diesem allgemeinen Sinne faßt das A. L. R. die Sache auf. Es fordert zur Begründung der Rückforderung 1. 16.:

daß für die Person des Zahlenden gar keine, auch nicht

eine bloß moralische Verbindlichkeit zur Zahlung vorhanden gewesen sei. §. 178.

und sagt:

§. 179. War bei dem Zahlenden eine, wenn auch nur unvollkommene Pflicht zur Zahlung vorhanden, so findet keine Rückforderung statt, wenngleich derselbe, wegen eines vorhandenen positiven Gesetzes, zur Zahlung wider seinen Willen nicht hätte angehalten werden können (d. h. wenn gleich eine Klage auf Zahlung nicht zulässig war).

Auch nach dem A. L. R. begründet ein nichtiger Vertrag keine moralische Verpflichtung. Wenn jedoch Jemand einen Vertrag, auf Grund dessen er gezahlt hatte:

wegen eines Mangels an der durch positive Gesetze bestimmten Form selbst angefochten und bloß aus diesem Grunde die Nichtigkeitserklärung desselben bewirkt,

so kann er die daraus einmal geleisteten Zahlungen nicht zurückfordern. §. 184.

Es ist hier nur ein Mangel in der Form gemeint, nicht wie im Falle eines schriftlich zu schließenden nur mündlich geschlossenen Vertrages, ein gänzlicher Mangel der Form.

Das O. G. B. schließt die Rückforderung aus:

bei einer solchen Schuld, zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt. §. 1432.

also nicht im Falle eines nichtigen Vertrages.

Der Code Napoléon sagt:

La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles, qui ont été volontairement acquittés. Art. 1235.

Im Falle eines nichtigen Vertrages besteht keine obligation naturelle. Art. 1339.

ad 2. Wenn Jemand in Folge eines Irrthums das zahlt, was nicht er, sondern ein Anderer schuldig ist, so kann der Irrthum entweder darin bestehen, daß Jemand sich für den Verpflichteten hält, und also zahlt, um eine vermeintliche eigene Schuld zu tilgen. Oder es kann Jemand irrthümlicher Weise voraussetzen, es bestehe für ihn eine Verpflichtung, die Schuld eines Andern zu bezahlen. Er zahlt also absichtlich für einen Andern, aber auf Grund einer vermeintlichen Verpflichtung.

Nach dem Römischen Recht fällt nur der erstere Fall unter den Gesichtspunkt der condictio indebiti, und zwar aus folgendem Grunde.

Wer in der Absicht, eine vermeintliche eigene Schuld zu tilgen, die Schuld eines Andern bezahlt, erwirbt keinen Anspruch gegen den Andern. §. 286.

Er kann also gegen die nachtheiligen Folgen einer irrthümlichen

Zahlung nur durch die condictio indebiti geschützt werden. Daher sagt das Römische Recht:

> Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et . . si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat. l. 65. §. 9. D. 12. 6.

Wenn dagegen Jemand absichtlich die Schuld eines Andern bezahlte, so blieb die Zahlung gültig; es fand also keine Rückforderung statt:

> repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est. l. 44. D. 12. 6.

namentlich auch, wenn die Zahlung aus Irrthum erfolgte:

> si per ignorantiam promiserit creditori. l. 12. D. 46. 2.

denn es traf auch hier der Grund zu:

> quia ille suum recepit. l. c.

Der Zahlende aber hatte Ansprüche gegen den Schuldner, für welchen er gezahlt hatte, namentlich in Ermangelung eines anderen Rechtsverhältnisses auf Grund der negotiorum gestio. l. c.

Das A. L. R. enthält eine ganz andere Auffassung.

Nach dem A. L. R. hat derjenige, welcher die Schuld eines Andern bezahlt, in allen Fällen einen Anspruch gegen den Schuldner (vgl. §. 286.). Der Zahlende bedarf daher nicht des Schutzes durch die condictio indebiti. Deshalb sagt das A. L. R. 1. 16.:

> §. 180. Erhielt der Empfänger durch die Zahlung nur das, was ihm wirklich zukam, so ist er zur Rückgabe nicht verpflichtet, wenngleich nicht der Zahlende, sondern ein Anderer ihm die Zahlung hätte leisten sollen.

Eine Rückforderung ist also nur zuläßig:

> wenn der Empfänger einen Vortheil erlangt hat, zu welchem er gar kein Recht hat. §. 178.

In diesem Falle ist dem Zahlenden nur durch die Rückforderung zu helfen, weil anderweit Niemand vorhanden ist, gegen welchen er in Folge der Zahlung einen Anspruch erworben.

Bei Abfassung der §§. 178. und 180. ist übrigens nur an den Fall gedacht, wenn Jemand eine vermeintliche eigene Schuld zu tilgen beabsichtigt, deshalb wird noch gesagt:

> §. 185. Wer wissentlich fremde Schulden bezahlt, kann unter dem Vorwande, daß er dazu nicht verbunden gewesen, das Gezahlte nicht zurückfordern.

Es findet also nach dem A. L. R. unter dem Vorwande einer irrthümlichen Zahlung niemals eine Rückforderung statt, wenn der Empfänger das erhielt, was er von einem Andern wirklich zu fordern hatte.

Koch hat also unrecht, wenn er meint, die landrechtlichen Bestimmungen seien bloße Wiederholungen von Pandektenstellen. III. 323.

Das O. G. B. enthält nur die Sätze:

§. 1431. Wenn Jemandem aus einem Irrthum eine Sache oder eine Handlung geleistet worden, wozu er gegen den Leistenden kein Recht hat,

so findet in der Regel Rückforderung statt, jedoch mit der Ausnahme:

wenn Jemand eine Zahlung leistet, von der er weiß, daß er sie nicht schuldig ist. §. 1432.

Der §. 1431. giebt also im Falle der irrthümlichen Zahlung einer vermeintlichen eigenen Schuld das Rückforderungsrecht unbedingt, also auch wenn ein Anderer verpflichtet war, die Zahlung zu leisten. An den Fall der Zahlung für einen Andern in Folge einer vermeintlichen Verpflichtung scheint nicht gedacht zu sein, wenngleich sowohl die Worte des §. 1431.:

wozu er gegen den Leistenden kein Recht hat,

als die Worte des §. 1432.:

von der er weiß, daß er sie nicht schuldig ist,

sich auf diesen Fall beziehen lassen.

Jedenfalls ist anzunehmen, daß in einem solchen Falle eine Rückforderung nicht gestattet ist.

Die Bestimmung des Code Napoléon:

Art. 1377. Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice a acquitté une dette, elle a droit de répétition contre le créancier

entscheidet nur den Fall, wenn Jemand eine vermeintliche eigene Schuld zu tilgen beabsichtigt. Das in diesem Falle eintretende Rückforderungsrecht tritt ein, also unbedingt auch, wenn der Empfänger das Empfangene von einem Andern zu fordern hatte.

Im Falle der Zahlung für einen Andern begründet ein Irrthum bezüglich der Verpflichtung, für einen Andern zu zahlen, nicht ein Recht der Rückforderung.

§. 281.

Derjenige, welcher die Leistung annimmt, obwohl ihm bekannt ist, daß er keine Forderung hat, haftet unbedingt für den Werth des Geleisteten oder als unredlicher Besitzer. Wer die Leistung in gutem Glauben annimmt, haftet nur, soweit er bereichert ist, oder als redlicher Besitzer.

Nach dem Römischen Recht ging die Klage allgemein auf Restitution der Sache oder ihres Werthes:

aut ipsum, aut tantundem repetitur. l. 7. D. 12. 6.

si consumpsit, pretium repetet. l. 65. §. 6. l. c.

im Falle geleisteter Dienste:

quanti operas essem conducturus. l. 26. §. 12. l. c.

also auf den Werth des Geleisteten und der wirklich gezogenen Früchte:

Ei, qui indebitum repetit, et fructus, et partus restitui debent deducta impensa. l. 65. §. 5. l. c.

et fructus, quos is, cui solutum est, bona fide percepit in condictionem venient. l. 15. pr. l. c.

im Falle einer habitatio:

quanti tu conducturus fuisses. l. 65. §. 7. l. c.

Ob der Empfänger das indebitum wissentlich oder unwissentlich empfing, war gleichgültig (l. 65. §. 8. l. c. betrifft einen besonderen Fall).

Zinsen konnten nicht gefordert werden:

usuras autem ejus summae praestari tibi frustra desideras; actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est. l. 1. C. 4. 5.

Das A. L. R. unterscheidet zwischen wissentlicher und unwissentlicher Empfangnahme.

Es sagt 1. 16.:

§. 189. Wer eine Sache, die er nicht zu fordern hat und sich dessen bewußt ist, als Zahlung oder sonst als Erfüllung einer Verbindlichkeit annimmt, haftet für das Empfangene als ein unredlicher Besitzer.

im Falle der Zahlung von Geld:

muß er den höchsten erlaubten Zinssatz vom Tage des Empfanges an entrichten. §. 194.

und:

§. 190. Wer selbst im Irrthum war, ist als ein redlicher Besitzer anzusehen.

Er zahlt also auch Verzögerungszinsen:

nur vom Tage der eingehändigten Vorladung. §. 195.

Im Falle der Leistung von Handlungen unterscheidet dagegen das A. L. R.:

1) Handlungen, wofür der Leistende belohnt zu werden pflegt. Es ist:

der gewöhnliche Lohn

zu zahlen. §. 196.

2) Andere Handlungen. Vergütung findet nur statt:

a) wenn der Andere gewußt hat, daß ihm diese Leistung nicht gebühre;

b) und die Handlung an sich einer Schätzung fähig ist. §. 197.

Angemessener dürfte es sein, zwischen dem Lohn der Handlungen

und der Bereicherung des Anderen zu unterscheiden, jenachdem der Andere die Leistung in bösem oder gutem Glauben annahm.

Das O. G. B. sagt:

§. 1437. Der Empfänger einer bezahlten Nichtschuld wird als ein redlicher oder unredlicher Besitzer angesehen, jenachdem er den Irrthum des Gebers gewußt hat oder aus den Umständen vermuthen mußte oder nicht (also auch im Falle der culpa).

Der Code Napoleon unterscheidet:

1) im Falle des Empfangs in gutem Glauben:

Daß die Nutzungen zu restituiren seien, wird nicht gesagt, sondern nur:

Art. 1379. Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue s'oblige à la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est périe ou détériorée par sa faute.

Art. 1380. Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente.

2) Im Falle des Empfanges de mauvaise foi haftet der Empfänger für:

perte par cas fortuit. Art. 1379.

und für:

les intérêts ou les fruits, du jour du paiement. Art. 1378.

Dagegen gilt allgemein der Satz:

Art. 1381. Celui, auquel la chose est réstituée, doit tenir compie, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les depenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose.

Zweites Kapitel.

Die Ansprüche aus der Führung fremder Geschäfte und aus der nützlichen Verwendung.

Nach dem Prinzip des strengen Rechts kann Niemand dadurch einen Anspruch erwerben, daß er für einen Andern oder statt eines Andern ohne dessen Zustimmung handelt. Seine Handlung ist vielmehr entweder eine rechtlich wirkungslose oder eine widerrechtliche. Es können also nur Ansprüche gegen ihn entstehen.

Erlangt der Andere aus der Handlung einen Vortheil, so entsteht dadurch allein keine Verpflichtung für ihn, sondern nur in dem Falle, wenn eine Sache aus dem Vermögen des Handelnden in das Vermögen des Andern übergegangen ist, denn in diesem Falle ist er zur Restitution verpflichtet.

Im wirklichen Recht gelten andere Grundsätze.

Es ereignet sich öfters, daß Jemand in der eigenen Betreibung seiner Angelegenheiten verhindert ist, und daß, wenn diese Angelegenheiten nicht betrieben werden, ein Schaden für ihn entsteht.

Im allgemeinen Interesse wird deshalb der Grundsatz aufgestellt:

Wenn ein Dritter sich der Betreibung fremder Angelegenheiten unterzieht, um einen bevorstehenden Schaden abzuwenden, so wird ihm ein Anspruch gegeben und zwar mit folgender Unterscheidung.

Wenn Jemand in gerechtfertigtem guten Glauben sich der Betreibung fremder Angelegenheiten unterzieht, so erwirbt er einen Anspruch auf Genehmigung der vorgenommenen Rechtsgeschäfte und auf Erstattung des beim Betriebe des Geschäfts nützlich Verwendeten.

Der gute Glauben ist gerechtfertigt, wenn das Eintreten des Schadens nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten steht, sofern die Angelegenheiten nicht betrieben werden.

Liegt dieser Fall nicht vor, hat aber Jemand in gutem Glauben die Betreibung fremder Angelegenheiten übernommen, namentlich also auch, wenn Jemand fremde Geschäfte übernimmt, um dem Geschäftsherrn einen Nutzen zu verschaffen, so entsteht aus der Geschäftsführung für sich allein kein Anspruch. Um jedoch den in gutem Glauben Handelnden möglichst vor Schaden zu bewahren, wird der Geschäftsherr verpflichtet:

1) sogleich, als er von der Geschäftsführung Kenntniß erhält, zu widersprechen, widrigenfalls er bis auf Höhe des ihm entstehenden Nutzens verhaftet ist;
2) wenn das Geschäft beendet ist, bevor der Geschäftsherr widersprechen konnte, so wird er verpflichtet, sofern er den Vortheil aus dem Geschäft behalten will, bis auf Höhe des erlangten Vortheils Vergütung zu leisten.

Es kann endlich vorkommen, daß Jemand ohne die Absicht, die Geschäfte eines Andern zu betreiben, etwas unternimmt, was den Nutzen des Andern befördert. Aus einem solchen Unternehmen für sich allein entsteht kein Anspruch. Damit ein Anspruch entstehe, muß der Handelnde:

1) entweder den Dritten von einer demselben obliegenden rechtlichen Verpflichtung befreit haben.

Soweit der Handelnde zu diesem Zwecke sein Vermögen verwendet und dadurch den Nutzen des Andern befördert, erwirbt er einen Anspruch auf Ersatz des Verwendeten.

2) oder es hat Jemand — abgesehen von dem eben gedachten Falle — durch Verwendung seines Vermögens dem Andern einen Nutzen verschafft.

In diesem Falle gilt der Grundsatz:

es sei unbillig, daß sich Jemand mit dem Schaden eines Andern bereichere.

Deshalb wird derjenige, welcher durch die Handlung des Andern bereichert wurde, verpflichtet, sofern er die Bereicherung behalten will, dem Andern bis zum Betrage seiner Bereicherung für das Verwendete Ersatz zu geben.

Der eben gedachte Ersatzanspruch unterscheidet sich von dem Ersatzanspruch des Eigenthümers wegen Verwendung seiner Sache dadurch, daß letzterer Anspruch auf dem Prinzip des strengen Rechts beruht, ersterer aber auf einem Prinzip des wirklichen Rechts.

Der Ersatzanspruch des Eigenthümers ist einfach ein in Folge der Verwendung einer fremden Sache an Stelle des Restitutionsanspruchs tretender Anspruch auf Ersatz des Werthes der Sache.

Der hier in Rede stehende Anspruch dagegen setzt eine Handlung einer Person voraus, welche die Bereicherung einer anderen Person bewirkt.

Nach strengem Recht entsteht kein Anspruch. Im wirklichen Recht aber wird ein Anspruch auf Ersatz des von dem Handelnden Verwendeten gegeben, und zwar soweit eine nützliche Verwendung statt gehabt hat.

I. Die Ansprüche aus der Führung fremder Geschäfte.

A. Führung der Geschäfte in gerechtfertigtem guten Glauben.

§. 282.

Wer die Führung der Geschäfte eines Andern übernimmt, um von demselben einen nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwartenden Schaden abzuwenden, erwirbt einen Anspruch auf Genehmigung der vorgenommenen Rechtsgeschäfte und auf Erstattung des beim Betrieb des Geschäfts nützlich Verwendeten.

Die Römischen Juristen haben ein ganz richtiges Bewußtsein über den Rechtsgrund des vorliegenden Anspruchs. Der Grundsatz des strengen Rechts ist;

culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti. l. 36. D. 50. 17.

Aus dem strengen Recht kann dieser Anspruch also nicht hergeleitet werden, daher wird bezüglich desselben gesagt:

neque ex contractu, neque ex maleficio actiones nascuntur. l. 5. pr. D. 44. 7.

Vertrag und Rechtsverletzung sind nämlich die Rechtsgründe des strengen Rechts.

Die Römischen Juristen stellen deshalb den Anspruch unter die:

obligationes ex proprio quodam jure, ex variis causarum figuris. l. 1. pr. D. l. c.

näher unter die Obligationen, welche:

quasi ex contractu nasci videntur. pr. §. 1. J. 3. 28.

Bestimmter aber sagen sie:

sed utilitatis causa receptum est, invicem eos obligari. l. 5. pr. D. 44. 7.

hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur. l. 1. D. 3. 5.

Es werden daher die gegenseitigen Ansprüche nicht aus dem jus civile hergeleitet, sondern es wird auf das aequum und justum (l. c.) zurückgegangen, namentlich aber wird bona fides als etwas Wesentliches hervorgehoben:

bona fides suasit. l. 18. C. 2. 19.

und:

quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet. l. 5. pr. D. 44. 7.

und im Gegensatz:

quia nec fides bona hoc patiatur. l. 6. §. 4. D. 3. 5.

Das Organ, wodurch dieser Anspruch zur Anerkennung kam, war der Praetor:

ait praetor: si quis negotia alterius gesserit, judicium eo nomine dabo. l. 3. pr. D. 3. 5.

Paulus macht dabei bezüglich des Verhältnisses der bona fides zum jus strictum die Bemerkung:

tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio. l. 7. l. c.

Zur Begründung des Anspruchs gehört vor Allem guter Glauben, d. h. der Vorsatz, zum Besten des Andern zu handeln:

Sed et si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse, qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro non meo commodo studet.

In einem solchen Falle wird zwar der negotiorum gestor verantwortlich:

sed nihilominus, imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione.

er selbst aber erwirbt keine Ansprüche aus der negotiorum gestio, sondern möglicher Weise nur aus der versio in rem:

ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, sed in id, quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem. l. 6. §. 3. l. c.

Es mußte aber ferner der gute Glauben ein gerechtfertigter sein. Der Anspruch wird also nur gegeben, wenn Jemand ein Geschäft übernimmt, von welchem er vernünftiger Weise erwarten konnte, jeder gute Hausvater werde es gut heißen. Es hat also die actio negotiorum gestorum nur:

qui utiliter negotia gessit; non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, aggreditur.

Der bloße ungerechtfertigte gute Glauben ist nicht ausreichend:

ego quaero, quid, si putavit se utiliter facere sed patrifamilias non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem. l. 10. §. 1. l. c.

Es kommt also darauf an:

an justam causam habuerim. l. 13. l. c.

d. h. ob hinreichende Veranlassung vorlag, sich dem Geschäft zu unterziehen:

ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum. l. 10. §. 1. l. c.

Liegt dieser Fall vor, so erwirbt der negotiorum gestor einen Anspruch auf Genehmigung:

quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi. l. 9. l. c.

und auf Erstattung für das in das Geschäft nützlich Verwendete:

quae utiliter in negotia alicujus erogantur, in quibus est etiam sumptus honeste ad honores per gradus pertinentes factus, actione negotiorum gestorum peti possunt. l. 45 pr. l. c.

qui sumptus necessarios in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet. l. 31. §. 7. l. c.

si quis negotia aliena gerens plus, quam oportet, impenderit, recuperaturum eum id, quod praestari debuerit. l. 25. l. c.

ob sumptus nulla re urgente, sed voluptatis causa factos eum, de quo quaeritur, actionem non habere. l. 27. pr. l. c.

Darauf, ob das Geschäft einen günstigen Erfolg gehabt hat, kommt gar nichts an:

eventum non spectamus. l. 10. §. 1. l. c.

is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solum effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista

utetur sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit, negotium. l. 10. §. 1. l. c.

si negotia gerens aliquis necessario rem emerit, licet ea interierit, poterit, quod impenderit, judicio negotiorum gestorum consequi. l. 22. l. c.

Koch stellt daher die Sache ganz unrichtig dar, wenn er sagt:

Selbst bei quasi-Kontrakten genügt es nicht, daß bloß von der einen Seite etwas geschehe, damit der Andere verpflichtet werde, wie z. B. bei der negotiorum gestio, daß der Gestor die Geschäfte des Andern besorge, damit dieser verpflichtet werde; es gehört dazu, daß dieser Andere es sich gefallen lasse und sich die Vortheile daraus aneignet. Ohne diesen quasi-Konsens kann der Eine thun, was er will, der Andere wird ihm niemals verpflichtet. I. 17.

und:

Durch die Geschäftsführung, wenn der Geschäftsherr sie sich zu eigen macht oder, sobald sie zu seiner Wissenschaft gelangt, nicht widersprochen hat, entsteht nach gemeinem Recht ein wechselseitig verpflichtendes Schuldverhältniß, wie durch einen Kontrakt. III. 498.

Sogar der Widerspruch beseitigt nicht die bis zum Augenblick des Widerspruchs entstandenen Ansprüche, sondern nur die weiteren Ansprüche:

scilicet post denuntiationem. l. 24. C. 2. 19.

Das A. L. R. spricht zunächst den Grundsatz des strengen Rechts aus I. 13.:

§. 228. In der Regel ist Niemand befugt, sich in die Geschäfte eines Andern ohne dessen Auftrag zu mischen.

§. 229. Wer dies thut, macht sich sowohl dem Eigenthümer als dem Dritten, welcher sich mit ihm eingelassen hat, verantwortlich.

Demnächst aber verordnet es:

§. 234. Wer die Geschäfte eines Andern zur Abwendung eines nach vernünftigen und wahrscheinlichen Gründen bevorstehenden Schadens besorgt, ist berechtigt zu erwarten, daß der Eigenthümer solches genehmigen werde.

§. 235. Auch wenn die Genehmigung nicht erfolgt, haftet dennoch der Eigenthümer für die zur Verhütung des Schadens nützlich aufgewendeten Kosten.

§. 236. Dies findet selbst alsdann statt, wenn die Sache nachher, ohne Schuld des Besorgers, dennoch verloren gegangen ist.

Das O. G. B. folgt dem A. L. R. Es sagt zunächst:

§. 1035. Wer weder durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag, noch . . das Befugniß erhalten hat, darf der Regel nach sich in das Geschäft eines Andern nicht mengen.

Hätte er sich dessen angemaaßt, so ist er für alle Folgen verantwortlich.

Demnächst aber verordnet es:

§. 1036. Wer, obgleich unberufen, ein fremdes Geschäft zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens besorgt, dem ist derjenige, dessen Geschäft er besorgt hat, den nothwendigen und zweckmäßig gemachten Aufwand zu ersetzen schuldig, wenngleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist. (§. 403.)

Daß der Schaden nicht bloß nach der Ansicht des Geschäftsführers bevorsteht, setzt es voraus.

Der Code Napoléon sagt unter dem Gesichtspunkt der quasi-contrâts:

Art. 1372. Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite etc.

und:

Art. 1375. Le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les engagements que le gérent a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.

Unter dem bien administrée hat man wohl das utile coeptum und utile gestum verstanden.

§. 283.

Der Geschäftsführer ist zu derjenigen Aufmerksamkeit bei der Geschäftsführung verpflichtet, die das Geschäft erfordert.

Das Römische Recht verpflichtet in der Regel zur diligentia:

si vir diligens ea gesturus fuit. l. 6. §. 12. D. 3. 5. exactissimam diligentiam quisque compellitur reddere rationem. §. 1. J. 3. 28.

macht also verantwortlich für:

culpa. l. 11. D. 3. 5. l. 23. D. 50. 17.

Es macht jedoch die Ausnahme:

Interdum in negotiorum gestorum actione, Labeo scribit, dolum solummodo versari; nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, aequissimum esse dolum duntaxat te praestare. Quae sententia habet aequitatem. l. 3. §. 9. D. 3. 5.

Diese ausnahmsweise Bestimmung hat das A. L. R. unrichtiger Weise zur Regel gemacht, indem es sagt 1. 13.:

§. 237. Ein solcher Uebernehmer fremder Geschäfte, welcher sie bloß zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens besorgt, haftet dabei nur für ein grobes Versehen.

Das Angemessene ist offenbar, für diejenige Aufmerksamkeit verantwortlich zu machen, welche das Geschäft erfordert.

Das O. G. B. enthält keine spezielle Bestimmung.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1374. Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille.

Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant.

B. Führung der Geschäfte in ungerechtfertigtem guten Glauben.

§. 284.

Wer außer dem Falle des §. 282. die Geschäfte eines Andern in guter Absicht zu führen übernimmt, erwirbt, sofern der Andere das Geschäft nicht genehmigt, einen Anspruch auf Höhe des dem Andern verschaften Vortheils, sofern der Andere sich den Vortheil aneignet, oder nach erlangter Kenntniß von der Geschäftsführung nicht sogleich widerspricht.

Im Römischen Recht wird der Fall erwähnt:

si novum negotium, quod non solitus sit absens facere, tu nomine ejus geras.

Eine derartige Geschäftsführung erfolgt auf Gefahr des Geschäftsführers:

sed Proculus, interdum etiam casum praestare debere.

und es galt der Grundsatz:

si quod damnum ex ea re secutum fuerit te sequetur, lucrum vero absentem.

jedoch mit der Maaßgabe:

quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet. l. 11. D. 3. 5.

Wer sich also das lucrum aneignete, mußte sich das damnum anrechnen lassen.

Das A. L. R. verordnet I. 13.:

§. 238. Wer aber die Geschäfte eines Andern bloß um dessen Vortheil zu befördern ohne Auftrag übernimmt, muß sich um die Genehmigung desselben bewerben.

Man wird diesem Falle auch den Fall gleichstellen müssen, wenn Jemand das Geschäft übernimmt, um einen Schaden abzuwenden, sofern die Voraussetzung des §. 234. l. c. nicht zutrifft.

Demnächst unterscheidet das A. L. R.:

§. 239. Erfolgt diese Genehmigung ausdrücklich und ohne Einschränkung, so entstehen zwischen beiden eben die Rechte und Pflichten, wie zwischen einem Machtgeber und Bevollmächtigten.

Tritt dieser Fall nicht ein, so ist ferner zu unterscheiden:

1) Es heißt:

§. 247. War demjenigen, dessen Geschäfte ohne seinen Auftrag besorgt wurden, solches schon vor oder während der Besorgung bekannt, und hat er dieser Besorgung vor Vollendung des Geschäfts sogleich nach erlangter Wissenschaft nicht widersprochen, so muß er das Geschäft selbst genehmigen.

§. 248. Doch haftet er dem Besorger nur so weit, als sein Vortheil wirklich befördert worden.

2) Wenn dieser Fall nicht vorliegt, gilt zunächst der Grundsatz:

§. 240. Soweit der, dessen Geschäft besorgt worden, die Genehmigung versagt, muß er sich auch des aus der Besorgung entstandenen Vortheils begeben.

§. 242. Entschlägt sich der, dessen Geschäfte ohne seinen Auftrag besorgt worden, des Vortheils, so muß der Besorger die Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand setzen und den Eigenthümer entschädigen.

Ein Anspruch entsteht nur:

1) im Falle der freiwilligen Aneignung des Vortheils:

§. 241. Hat er sich den Vortheil einmal zugeeignet, ungeachtet er weiß, daß derselbe aus der ohne seinen Auftrag geschehenen Besorgung entstanden sei, so muß er dem Besorger, jedoch nur soweit, als der Vortheil hinreicht, wegen Schadens und Kosten gerecht werden.

2) Außerdem wird noch verordnet:

§. 243. Kann die Sache nicht mehr in den vorigen Stand gesetzt werden und wird der Nachtheil von dem Vortheile, welcher dem Eigenthümer durch die Besorgung des Geschäfts zuwächst, offenbar überwogen, so muß der Eigenthümer sich beides zugleich gefallen lassen.

§. 244. Ist aber das Uebergewicht des Vortheils nicht klar, so kann der Eigenthümer verlangen, daß der Besorger

das ganze Geschäft für eigene Rechnung übernehme und ihn deshalb entschädige.

Vorstehende Bestimmung dürfte sich nicht rechtfertigen. Es muß der Beurtheilung des Geschäftsherrn überlassen bleiben, ob er sich den Vortheil aneignen will oder nicht.

Das O. G. B. verordnet;

§. 1037. Wer fremde Geschäfte bloß, um den Nutzen des Andern zu befördern, übernehmen will, soll sich um dessen Einwilligung bewerben.

Hat der Geschäftsführer diese Vorschrift unterlassen, so unterscheidet das O. G. B. sofort:

1) hat er das Geschäft auf seine Kosten zu des Andern klarem überwiegendem Vortheile geführet, so müssen ihm von diesem die darauf verwendeten Kosten ersetzt werden. §. 1037.
2) Ist aber der überwiegende Vortheil nicht klar oder hat der Geschäftsführer eigenmächtig so wichtige Veränderungen in einer fremden Sache vorgenommen, daß die Sache dem Andern zu dem Zwecke, wozu er sie bisher benutzte, unbrauchbar wird, so ist dieser zu keinem Ersatz verbunden, er kann vielmehr verlangen, daß der Geschäftsführer auf eigene Kosten die Sache in den vorigen Stand zurücksetze oder, wenn das nicht möglich ist, ihm volle Genugthuung leiste. §. 1038.

Es gilt im Wesentlichen das bezüglich des A. L. R. Bemerkte.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

Die Bestimmung des A. L. R. 1. 13.:

§. 245. Wer sich fremder Geschäfte nur in der Absicht, den Vortheil des Eigenthümers dadurch zu befördern, ohne Auftrag unterzieht, muß dabei schon ein geringes Versehen vertreten.

ist unrichtig.

Soweit der Geschäftsherr das Geschäft genehmigt, ist es so anzusehen, als habe von Haus aus ein kontraktliches Verhältniß bestanden. Soweit die Genehmigung nicht erfolgt, kommt es auf Versehen gar nicht an, sondern nur darauf, wieweit der Vortheil des Geschäftsherrn befördert ist.

C. Führung der Geschäfte gegen das Verbot des Geschäftsherrn.

§. 285.

Wer gegen das ihm bekannte Verbot einer Person deren Geschäfte übernimmt oder fortsetzt, erwirbt durch die Geschäftsführung keinen Anspruch.

Im Römischen Recht wird daher gesagt:

si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est. l. 40. D. 17. 1.

Es existirte jedoch auch eine entgegensetzte Ansicht:

sed quidam utilem putant dari (oportere), quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur. eod. l. c.

Auch Justinian erwähnt diesen Widerspruch der Ansichten:

si quis, nolente et specialiter prohibente domino rerum, administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestorum habeat aliquam adversus dominum actionem. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus (in quibus et Salvius Julianus fuit) etc.

Justinian entschied angemessener Weise:

hoc decidentes sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Juliani sententiam nullam esse adversus eum (vel directam vel utilem) contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus transmiserit, non concedens ei res ejus attingere, licet res bene ab eo gestae sint. l. 24. C. 2. 19.

Das A. L. R. schließt ebenfalls die Ansprüche aus der Geschäftsführung aus:

wenn Jemand die Geschäfte des Andern gegen dessen ausdrückliches Verbot übernommen hat. §. 249—251.

Ebenso das O. G. B.:

wenn Jemand gegen den gültig erklärten Willen des Eigenthümers sich eines fremden Geschäfts anmaßet. §. 1040.

Beide Gesetzbücher erwähnen außerdem den Fall:

wenn sich Jemand in die einem Dritten übertragenen Geschäfte einmischt. §. 252. I. 13. A. L. R., §. 1040. O. G. B.

II. Die Ansprüche aus der nützlichen Verwendung.

A. In Folge der Tilgung einer Verpflichtung.

§. 286.

Soweit Jemand durch Tilgung der einem Andern obliegenden Verpflichtung dessen Nutzen befördert, hat er Anspruch auf Ersatz des Verwendeten.

Dem Römischen Recht ist dieser Anspruch nicht bekannt.

Wer einen Anspruch aus der Zahlung einer Schuld gegen den Schuldner erwerben wollte, mußte sich vor der Zahlung von dem Gläubiger Cession des Anspruchs ausbedingen. Denn es galt der Grundsatz:

> si post solutum sine ullo pacto . . . actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit. l. 76. D. 46. 3.

Wenn dies unterblieben war, so konnten Ansprüche nur geltend gemacht werden, wenn schon vor der Zahlung ein Rechtsverhältniß zwischen dem Zahlenden und Schuldner bestand, welches den Zahlenden zur Zahlung verpflichtete, oder wenn der Zahlende als Mandatar oder als negotiorum gestor, also animo negotia gerendi zahlte.

Lag keiner dieser Fälle vor, d. h. wenn ein dritter Unbetheiligter die Schuld eines Andern ohne den animus die negotia desselben zu führen tilgte, z. B. aus Irrthum, so mußte der Zahlende den Verlust tragen, soweit ihm nicht die condictio indebiti gegen den Empfänger zustand.

Das A. L. R. verweist zwar bezüglich der Rechte des Zahlenden gegen den Schuldner im §. 45. 1. 16. auch nur auf die Vorschriften von Vollmacht und Geschäftsführung.

Es enthält jedoch außerdem noch den Grundsatz:

> §. 46. Ueberhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner, auch ohne ausdrückliche Cession, in die Rechte des bezahlten Gläubigers.

Es kann also der Zahlende (abgesehen von den Vorrechten und dem accessorischen Recht aus Pfandbestellung und Bürgschaft. §. 47 und 48.) die Rechte geltend machen, die dem Gläubiger vor der Zahlung zustanden, also auch in dem Falle, wenn abgesehen von dem Faktum der Zahlung gar kein Rechtsverhältniß zwischen dem Zahlenden und Schuldner bestand, und wenn gleich der Zahlende nicht in der Absicht zahlte, die Schuld eines Andern zu tilgen. Die einfache Thatsache der Tilgung der Schuld des Andern giebt den Anspruch.

Noch allgemeiner sagt dann das A. L. R. 1. 13.:

> §. 262. Derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Andern verwendet worden ist . . ist Vergütung zu fordern berechtigt.

und:

> §. 268. Das womit nöthige oder nützliche Ausgaben für einen Andern bestritten werden, ist für verwendet in den Nutzen desselben zu achten.

namentlich:

> §. 269. Ausgaben, zu welchen Jemand durch die Gesetze verpflichtet wird, sind nothwendig.

Vorstehende Bestimmungen entsprechen im Wesentlichen dem §. 46. I. 16.

In beiden Fällen wird Tilgung einer bestehenden Verpflichtung vorausgesetzt. Der Unterschied liegt jedoch darin, daß im ersteren Falle an Tilgung einer auf einem speziellen Rechtstitel beruhenden Verpflichtung gedacht ist, im letzteren Falle aber namentlich an Tilgung der auf anderweiten Rechtsgründen beruhenden gesetzlichen Verpflichtungen, z. B. der Alimentationspflicht. Deshalb wird im ersteren Falle von Uebertragung der Forderung auf den Zahlenden gesprochen, während im letzteren Falle von dem unmittelbaren Anspruch aus der nützlichen Verwendung die Rede ist.

Das O. G. B. giebt im Falle der Zahlung der Schuld eines Dritten das Recht:

> selbst noch nach geleisteter Zahlung, die Abtretung des dem Gläubiger zustehenden Rechts zu verlangen. §. 1423.

Außerdem aber bestimmt es:

> §. 1042. Wer für einen Andern einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetz selbst hätte machen müssen, hat das Recht den Ersatz zu fordern.

Diese Bestimmung entspricht dem §. 269. I. 14. A. L. R., sie ist also jedenfalls anwendbar für den Fall, wenn eine gesetzliche Verpflichtung besteht, den Aufwand zu machen, ob auch für den Fall, wenn eine auf einem speziellen Rechtstitel beruhende Verpflichtung getilgt wird, darüber läßt sich streiten.

Der Code Napoléon folgt dem Römischen Recht, indem er eine subrogation conventionelle dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paie nur zuläßt:

1) unter Zustimmung des Gläubigers und zwar mit der Einschränkung:

   > Cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement. Art. 1250. 1.

2) oder sans le concours de la volonté du créancier:

   > lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier.

und zwar unter Beachtung der Vorschrift:

> Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'act d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiment a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Art. 1250. 2.

Liegt keiner dieser Fälle vor, so tritt eine subrogation légale de plein droit nur in bestimmten Fällen ein. Art. 1251. Treffen die in diesem Artikel angegebenen Voraussetzungen nicht zu, so

erwirbt der Zahlende auf Grund der Zahlung allein keinen Anspruch gegen den Schuldner, statt dessen gezahlt ist.

B. In Folge anderer Auslagen.

§. 287.

Wer in anderer Weise sein Vermögen zum Nutzen eines Andern verwendet, hat insofern und insoweit einen Anspruch auf Ersatz, als der Andere wirklich bereichert worden ist und den Nutzen behalten will.

Ein derartiger Anspruch entstand im Römischen Recht, wenn durch ein mit einer in potestate aliena befindlichen Person geschlossenes Geschäft der Nutzen des dominus befördert worden war.

Wenn dagegen in Folge eines mit einem Freien, als Stellvertreter eines Anderen, geschlossenen Geschäfts der Vortheil des dominus befördert wurde, so entstand kein Anspruch gegen den dominus:

contra dominum nullam te habuisse actionem. l. 7. §. 1. C. 4. 26.

Jedoch scheint dieser Grundsatz nicht ohne Ausnahme gewesen zu sein, denn es wird hinzugesetzt:

nisi in rem ejus pecunia processit. l. c.

Eine negotiorum gestio liegt in einem solchen Falle nicht vor, denn Derjenige, welcher:

cum libero, res ejus agente, contractum habuit,

giebt demselben das Geld nicht, um die negotia domini zu geriren. Wenn er dessenungeachtet einen Anspruch hat, so liegt der Grund eben nur in der versio in rem domini in Folge des mit dem Stellvertreter geschlossenen Geschäfts, und wenn in einem solchen Falle die Kaiser eine actio de in rem verso gaben, rescribirten sie keineswegs, wie Koch meint, juristischen Unsinn. II. 529.

Ob man übrigens diese Klage eine utilis negotiorum gestorum contraria nennt, indem man meint, sie sei eine utilis, weil ex persona gestoris geklagt werde, das ändert in der Sache nichts, ist aber nicht ganz passend, weil die actio negotiorum gestorum contraria nicht auf Vergütung der Bereicherung, sondern auf Ersatz der nützlich gemachten Ausgaben ging, auch wenn keine Bereicherung vorlag. Nöthig war jedenfalls eine besondere Bestimmung, weil nach den allgemeinen Grundsätzen der negotiorum gestio nicht geklagt werden konnte, indem nicht von Haus aus der animus dahin ging, die negotia domini zu geriren. Daß man in der That die

actio negotiorum gestorum und die actio de in rem verso unterschied, ergiebt sich auch daraus, daß in dem Falle, wenn Jemand sui lucri causa negotium gessit, man zwar die actio negotiorum gestorum versagte, aber die actio de in rem verso zuließ. Diesen Sinn haben die Worte:

> ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem. l. 6. §. 3. D. 3. 5.

nach dem allgemeinen Grundsatz:

> nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. l. 14. D. 12. 6.

Denn die actio negotiorum gestorum ging auf Ersatz des Verauslagten.

Das A. L. R. hat den Anspruch aus der nützlichen Verwendung ausdrücklich anerkannt, ohne demselben, wie Koch meint, eine begriffslose Gestalt zu geben. II. 530. Denn abgesehen von dem im vorstehenden Paragraphen erörterten Falle, giebt es auch einen Anspruch auf Ersatz der nöthigen und nützlichen Auslagen für einen Anderen, d. h.:

1) solcher Auslagen, welche nicht ohne Gefahr eines größeren Uebels vermieden werden konnten. §. 270. 1. 13.
2) solcher Auslagen, wodurch die Vermögensumstände des Andern wirklich verbessert worden sind. §. 272.

Der Anspruch tritt also ein, wenn gleich mit der negotiorum gestorum actio nicht geklagt werden kann, weil nicht von Haus aus animo negotia gerendi die Auslagen gemacht worden waren, also auf Grund der versio in rem.

Vorausgesetzt ist dabei, daß der Bereicherte die Bereicherung nicht zurückgeben will. §. 262.

Unter diesen Gesichtspunkt fällt der Anspruch dessen, welcher die Geschäfte eines Andern gegen dessen Verbot betreibt,

> sofern der Eigenthümer den Vortheil, welcher aus dem gegen sein Verbot besorgten Geschäfte entstanden ist, sich zueignen will. §. 251.

Denn aus der Geschäftsführung hat er keinen Anspruch.

Das O. G. B. erwähnt nur den Fall:

1) wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Andern verwendet worden ist. §. 1041.
2) wenn Jemand für einen Andern einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetz selbst hätte machen müssen. §. 1042.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

III. Die Ersatzansprüche des Besitzers gegen den Eigenthümer.

A. Die Ersatzansprüche wegen Verwendung in die Sache.

Wer über eine fremde Sache, die er widerrechtlich besitzt, verfügt, erwirbt dadurch nach Grundsätzen des strengen Rechts keinen Anspruch gegen den Eigenthümer, namentlich also auch nicht, wenn er die Sache durch Bearbeitung oder Verwendung seines Eigenthums in dieselbe werthvoller macht. Der Besitzer hat vielmehr nur das Recht, die Sache in den früheren Zustand zurück zu versetzen, oder sein Eigenthum von der Sache zu trennen, soweit dies ohne Beschädigung der Sache möglich ist.

Im wirklichen Recht erlangt jedoch der Besitzer in Folge der Wirksamkeit des moralischen Prinzips Ansprüche auf Ersatz der Verwendungen, und zwar um so größere, je mehr sein guter Glauben gerechtfertigt ist.

1. Kosten zur Erhaltung der Sache.

§. 288.

Die zur Erhaltung der Sache nothwendigen Kosten sind jedem Besitzer soweit zu erstatten, als der Werth der zurückgegebenen Sache reicht.

Weil dieser Anspruch nicht auf dem Prinzip des strengen Rechts beruht, gab es im Römischen Recht keine Klage zur Geltendmachung desselben:

> Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bonae fidei possessore facti, neque ab eo, qui praedium donavit, neque a domino peti possunt. l. 48. D. 6. 1.

Erst der Praetor gab eine exceptio:

> verum exceptione doli opposita per officium judicis aequitatis ratione servantur. eod. l. c.

Dabei war im Allgemeinen nach Billigkeit zu entscheiden:

> bonus judex varie ex personis causisque constituet. l. 38. l. c.

Es wurden jedoch auch bestimmte leitende Grundsätze aufgestellt.

Auch der malae fidei possessor erhielt die impensae necessariae:

> quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit. l. 79. pr. D. 50. 16.
>
> quibus non factis dos imminuitur, l. 14. pr. D. 25. 1.

von denen also anzunehmen ist, auch der Eigenthümer würde sie ausgegeben haben:

et dominum eadem facturum fuisse. l. 38. D. 6. 1.

erstattet:

cum malae fidei possessores ejus, quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint. l. 5. C. 3. 32.

Nur dem Dieb wurde jeder Anspruch versagt:

Sed restitutio ejus (si non a fure vindicaveris) ita fiet, ut, si qua in alendo eo vel forte ad discendum artificium juste consumta fuerint, restituas. l. 1. C. 8. 52.

Der Dieb mußte sogar, wenn es auf eine Schätzung des Werths der gestohlenen Sache ankam, den Werth der auf seine Kosten bewirkten Verbesserung vergüten:

ex argento subrepto pocula facta condici posse, Fulcinius ait. Ergo in condictione poculorum etiam caelaturae aestimatio fiet, quae impensa furis facta est; quemadmodum, si infans subreptus adoleverit, aestimatio fit adolescentis, quamvis cura et sumptibus furis creverit. l. 13. D. 13. 1.

Bezüglich des bonae fidei possessor wird gesagt:

Plane potest in eo differentia esse, ut bonae fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non extet, in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur. l. 38. D. 5. 3.

Diese Gleichstellung des bonae fidei possessor und des tutor und curator ist nicht gerechtfertigt.

Der tutor und curator sind in ihrer Eigenschaft als Vertreter des Mündels berechtigt und verpflichtet, das bezüglich der Sache Nöthige vorzunehmen und sie erhalten ihre Auslagen unbedingt erstattet. Der bonae fidei possessor dagegen kann die Auslagen auf die Sache nur insoweit erstattet verlangen, als er die Sache resp. deren Werth restituirt. Soweit weder das eine noch das andere der Fall ist, hat er keinen Anspruch auf Ersatz. Eine völlige Gleichstellung des bonae fidei possessor mit dem tutor und curator ist auch in der citirten Stelle nicht beabsichtigt, da sie nur von einer deductio impensarum spricht.

Das A. L. R. verordnet angemessener Weise I. 7.:

§. 212. Ausgaben, welche zur Erhaltung der Substanz nothwendig waren und mit dem Besitz der Sache in unzertrennlicher Verbindung standen (also auch vom Eigenthümer nicht zu vermeiden waren) muß der Eigenthümer, soweit dadurch sein Vortheil befördert ist, dem (redlichen) Besitzer vergüten.

§. 236. Die zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Substanz nothwendig gewesenen Kosten müssen dem unredlichen Besitzer, so wie dem redlichen, vergütet werden.

Auch die Einschränkung ist angemessen:

§. 237. Doch kann er auf den Ersatz solcher Kosten insofern keinen Anspruch machen, als der Verfall der Sache oder die ihr bevorstehende Gefahr durch sein eigenes, auch nur geringes, Versehen veranlaßt worden.

Denn derartige Kosten sind nicht nothwendige, sondern vom Besitzer verursachte.

Das O. G. B. enthält bezüglich des redlichen Besitzers die Bestimmung:

§. 331. Hat der redliche Besitzer an die Sache zur fortwährenden Erhaltung der Substanz einen nothwendigen . . . Aufwand gemacht, so gebührt ihm der Ersatz nach dem gegenwärtigen Werthe, insofern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt.

Bezüglich des unredlichen Besitzers dagegen sagt es:

§. 336. Hat der unredliche Besitzer einen Aufwand auf die Sache gemacht, so ist dasjenige anzuwenden, was in Rücksicht des von einem Geschäftsführer ohne Auftrag gemachten Aufwandes in dem Hauptstücke von der Bevollmächtigung verordnet ist.

Diese Gleichstellung mit einem Negotiorum gestor ist jedoch eine unrichtige, denn der malae fidei possessor ist kein negotiorum gestor (non eorum negotium gerentes). Auch wird durch diese Gleichstellung die Sache unklar. Denn es läßt sich bezüglich des malae fidei possessor nicht, wie bezüglich des negotiorum gestor, unterscheiden:

ob die Auslagen zur Abwendung eines Schadens oder um den Nutzen zu befördern,

gemacht wurden, sondern nur, ob die Auslagen nothwendig oder nützlich waren.

Bezüglich der nothwendigen Auslagen aber ist für den Fall der malae fidei possessio der Satz unanwendbar:

daß der nothwendige Aufwand zu ersetzen sei, wenn gleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist. §. 1036.

ebenso passen nicht die bezüglichen Bestimmungen, wenn die Auslagen gemacht werden, um den Nutzen zu befördern.

Das O. G. B. enthält noch eine ganz spezielle Bestimmung:

§. 403. Wer eine fremde bewegliche Sache von dem unvermeidlichen Verlust oder Untergange rettet, ist berechtigt, von dem rückfordernden Eigenthümer den Ersatz seines Aufwandes und eine verhältnißmäßige Belohnung von höchstens Zehn vom Hundert zu fordern.

Der Code Napoléon enthält keine allgemeine Bestimmung bezüglich der Ersatzansprüche des Eigenthümers gegenüber dem Besitzer.

Nur bezüglich dessen:

qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû. Art. 1376.

wird gesagt:

Art. 1381. Celui auquel la chose est restituée doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose;

also die zur Konservation der Sache nöthigen und nützlichen Auslagen sind zu erstatten.

2. Kosten zur Verbesserung der Sache.

§. 289.

Die zur Verbesserung der Sache verwendeten Kosten erhält der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben insoweit erstattet, als der Nutzungswerth der Sache dadurch erhöht ist; der Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben ebenfalls, wenn die Verbesserung nicht von der Sache zu trennen ist.

Im Römischen Recht galt bezüglich der impensae utiles, d. h.:

quae meliorem dotem faciant, ex quibus reditus mulieri acquiratur. l. 79 §. 1. D. 50. 16.

quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit. l. 5. §. 3. D. 25. 1.

und bezüglich der ihnen gleichzustellenden:

quodsi hae res, in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint, tales impensae non voluptuariae, sed utiles sunt. l. 10. D. 25. 1.

der Grundsatz:

ut bonae fidei possessores has quoque imputent. l. 38. D. 5. 3.

per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam, non redditis sumptibus. l. 27. §. 5. D. 6. 1.

Unbedingt galt dies, wenn keine Trennung möglich war, z. B.:

si puerum meum, cum possideres, erudisses. eod. l. c.

Wenn dagegen eine Trennung möglich war:

in area, quae fuit petitoris, per errorem insulam aedificavit,

wird hinzugefügt:

nisi tamen paratus sit petitor pati, tollere eum aedificium. eod. l. c.

In allen Fällen war Erstattung zu leisten:

usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum, quod impensum est. l. 38. l. c.

Bezüglich des malae fidei possessor galt dagegen der Grundsatz:

sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre. l. 5. C. 3. 32.

hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium, quod posuit. l. 37. D. 6. 1.

Einen Anspruch auf Ersatz hatte er nicht:

sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur ... culpa ei objici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intelligeret alienum. l. 7. §. 12. D. 41. 1.

praedo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. l. 38. D. 5. 3.

jedoch hielt man an diesem Grundsatz nicht unbedingt fest:

sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum; non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere. Et id ipsum officio judicis continebitur; nam nec exceptio doli desideratur. eod. l. c.

In einem solchen Falle galt dann auch der Grundsatz:

praedo autem non aliter impensas deducat, quam si res melior sit. eod. l. c.

Das A. L. R. verordnet:

1) bezüglich des Besitzers in gerechtfertigtem guten Glauben I. 7.:

§. 204. Hat der redliche Besitzer die Sache verbessert, so muß der Eigenthümer die darauf verwendeten Kosten erstatten, wenn die Verbesserungen noch wirklich vorhanden sind und verhältnißmäßigen Nutzen gewähren.

§. 205. Auch wenn der Nutzen noch nicht wirklich vorhanden, aber doch nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge in der Folge mit Sicherheit zu erwarten ist, kann der Besitzer die Verbesserungskosten fordern.

§. 208. Nur insoweit als die Verbesserungskosten die dadurch bewirkte Erhöhung des Werths der Substanz nicht übersteigen, kann der Besitzer den Ersatz derselben fordern.

2) bezüglich des unrechtfertigen Besitzers sagt es:

§. 239. Wer nicht unredlicher, sondern nur unrechtfertiger Besitzer ist, dem müssen die Kosten einer solchen Ver-

besserung, die nicht weggenommen werden kann, soweit ersetzt werden, als sonst der Eigenthümer sich offenbar mit seinem Schaden bereichern würde.

Diese Bestimmung würde bezüglich des Besitzers in ungerechtfertigtem guten Glauben angemessen sein. Jedenfalls ist es ungerechtfertigt, diesen schlechter zu stellen, als den unrechtfertigen Besitzer, denn der Rechtsirrthum verdient keine Bevorzugung vor dem thatsächlichen Irrthum.

3) bezüglich des unredlichen Besitzers sagt das A. L. R.:

§. 238. Offenbare Verbesserungen kann er unter der §. 211. enthaltenen Bestimmung (d. h. insofern als bei der Zurücknahme die Sache in den Stand, worin sie sich vor der Veränderung befand, wieder gesetzt wird) wegnehmen, wenn der Eigenthümer ihm keine billige Vergütung dafür will angedeihen lassen.

Diese Bestimmung ist angemessen, wenn sie auf den Fall des Besitzers in bösem Glauben beschränkt wird.

Das O. G. B. verordnet:

1) bezüglich des redlichen Besitzers:

§. 331. Hat der redliche Besitzer zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen einen nützlichen Aufwand gemacht, so gebührt ihm der Ersatz nach dem gegenwärtigen Werthe, insofern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt.

und:

§. 332. Von dem Aufwand, welcher nur zum Vergnügen und zur Verschönerung gemacht worden ist, wird nur soviel ersetzt, als die Sache dem gemeinen Werthe nach dadurch gewonnen hat.

(d. h. in einem solchen Falle wird eine nützliche Verwendung angenommen.)

2) bezüglich des unredlichen Besitzers verweist das O. G. B. auf die Bestimmungen bezüglich der Geschäftsführung ohne Auftrag. §. 336.

Die bezüglichen Bestimmungen gehen dahin:

Hat der Geschäftsführer das Geschäft auf seine Kosten zu des Andern klarem überwiegenden Vortheil geführet, so müssen ihm von diesem die darauf verwendeten Kosten ersetzt werden. §. 1037.

§. 1038. Ist aber der überwiegende Vortheil nicht klar, oder hat der Geschäftsführer eigenmächtig so wichtige Veränderungen in einer fremden Sache vorgenommen, daß die Sache dem Andern zu dem Zwecke, wozu er sie bisher benutzte, unbrauchbar wird, so ist dieser zu keinem Ersatz verbunden, er kann vielmehr verlangen, daß der Geschäftsführer auf eigene Kosten die Sache in den vorigen Stand

zurücksetze, oder, wenn das nicht möglich ist, ihm volle Genugthuung leiste.

Zwischen dem Besitzer in bösem und in ungerechtfertigtem guten Glauben wird also nicht unterschieden.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche allgemeine Bestimmung, sondern nur eine spezielle für den Fall:

lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux. Art. 555 sq.

Vergl. §§. 304. 307.

3. Recht zur Zurücknahme der Verwendung.

§. 290.

Liegt keiner der vorstehend gedachten Fälle vor, so hat der Besitzer nur das Recht, die Verwendungen in die Sache zurückzunehmen, in sofern dies ohne Beschädigung der Sache geschehen kann.

Dies ist also der Fall:

1) bezüglich des Besitzers in bösem Glauben, soweit es sich um nützliche Verwendungen handelt;
2) bezüglich des Besitzers in ungerechtfertigtem guten Glauben, soweit es sich um Verwendungen handelt, die ohne Beschädigung der Sache von der Sache getrennt werden können;
3) allgemein wegen der impensae voluptariae:

quae speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent. l. 79. §. 2. D. 50. 16.

Gewährt die mit der Sache vorgenommene Veränderung keinen eigentlichen Nutzen, sondern nur ein Vergnügen, welches den Kaufswerth nicht erhöht. §. 210. 1. 7. A. L. R.

Von dem Aufwand, welcher nur zum Vergnügen und zur Verschönerung gemacht worden ist. §. 332. O. G. B.

Der Besitzer hat nur das Recht:

tollendorum eorum, quae sine detrimento ipsius rei tolli possunt. l. 39. §. 1. D. 5. 3.

das Vorhandene zurückzunehmen, insofern als bei der Zurücknahme die Sache in den Stand wieder gesetzt wird, worin sie sich vor der Veränderung befand. §§. 210. 211. 1. 7. A. L. R.

Alles für sich wegzunehmen, was davon ohne Schaden der Substanz weggenommen werden kann. §. 332. O. G. B.

Doch durfte der Besitzer dies jus tollendi nicht ausüben, nur um dem Eigenthümer zu schaden:

neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut offfcias. l. 38. D. 6. 1.

Die neueren Gesetzbücher enthalten keine bezügliche Bestimmung. Doch lassen die allgemeinen Bestimmungen des A. L. R. über den Mißbrauch eines Rechts auch eine Anwendung auf den vorliegenden Fall zu. Es ist jedoch kaum anzunehmen, daß man speziell diesen Fall im Sinne gehabt hat.

4. Recht des Eigenthümers anstatt der wesentlich veränderten Sache deren Werth zu fordern.

§. 291.

Wenn der Besitzer den bisherigen Zustand einer Sache wesentlich verändert, so hat der Eigenthümer das Recht anstatt der Sache Erstattung ihres Werthes und Entschädigung nach allgemeinen Grundsätzen zu fordern.

Von diesem Anspruch kann sich der Besitzer nur dadurch befreien, daß er die Sache in ihren früheren Zustand wiederherstellt, der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben jedoch auch dadurch, daß er seine Ansprüche auf Ersatz des in die Sache Verwendeten aufgiebt.

In einem solchen Falle ist nämlich die Möglichkeit vorhanden, daß der Eigenthümer einen wesentlichen Schaden leiden würde, wenn er nur das Recht hätte, die Sache zurückzunehmen, und verpflichtet wäre, nach allgemeinen Grundsätzen die Verwendungen zu erstatten. Deshalb ist ihm, wenn ihm ein Besitzer in bösem Glauben oder in ungerechtfertigtem guten Glauben gegenübersteht, das Recht zu geben, anstatt der Sache deren Werth und Entschädigung zu fordern.

Steht ihm ein Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben gegenüber, welcher also frei von Verschulden ist, so ist demselben das Recht zu geben, sich von allen weiteren Verpflichtungen dadurch zu befreien, daß er die Sache, wie sie ist, unter Verzicht auf seine Gegenansprüche für die Verwendungen in die Sache zurückgiebt. Will er dies nicht, so muß auch er dem Eigenthümer den Werth der Sache erstatten.

Bezüglich beweglicher Sachen sagt das Römische Recht:

res abesse videntur etiam hae, quarum corpus manet, forma mutata est: et ideo si corruptae redditae sint vel transfiguratae, videri abesse. l. 13. §. 1. D. 50. 16

es konnte also anstatt der Sache deren Werth gefordert werden

Bezüglich unbeweglicher Sachen wird anerkannt, daß die allgemeinen Grundsätze nicht für alle besonderen Fälle ausreichen.

Es wird der Fall erörtert:

In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur, bonus judex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum, quod impensum est.

Es ist also hier der Fall vorausgesetzt, auch der Eigenthümer würde die Veränderung vorgenommen haben.

Demnächst aber wird der besondere Fall erörtert:

finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulcris avitis carendum habeat.

Es wird die Auskunft getroffen:

sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis: dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. l. 38. D. 6. 1.

Dadurch kann jedoch der bonae fidei possessor wesentlich beeinträchtigt werden. Auch ist der Umstand, ob Jemand pauper ist, eine zu unbestimmte Norm, um danach das Recht des Besitzers zu bestimmen.

Das A. L. R. hat für einzelne Fälle das Recht des Eigenthümers, anstatt seines wesentlich veränderten Eigenthums dessen Werth zu fordern, anerkannt, nämlich:

1) für den Fall des Bauens auf fremdem Grund und Boden I. 9.:

§. 331. Will der Grundeigenthümer das Gebäude dem Bauenden überlassen, so muß dieser ihm den Werth des Grundes und Bodens erstatten.

Dies Recht dürfte auch auf den Fall auszudehnen sein, wenn ein Grundstück in seinem bisherigen Zustand wesentlich verändert worden ist, z. B. es ist Acker in Wald umgewandelt worden.

2) Für den Fall der specificatio, adjunctio I. 9.:

§. 302. Will Derjenige, über dessen Sache von einem Andern solchergestalt betrüglicher Weise verfügt worden, das daraus entstandene Ganze nicht behalten, so muß ihm der Andere den höchsten Werth seiner Sache ersetzen.

So steht (bei Verbindung) ihm die Wahl frei, ob

er das nunmehrige Ganze behalten, oder dasselbe dem Andern überlassen wolle. §. 308.

3) Für den Fall der Beschädigung einer beweglichen Sache 1.6.:
Der Beschädigte hat die Wahl Vergütung des Minderwerths oder den vormaligen Werth der Sache gegen Ueberlassung der Sache zu fordern. §. 91.

Das O. G. B. sagt:
Doch steht Demjenigen, mit dessen Sache der Andere durch Verschulden die Vereinigung vorgenommen hat, die Wahl frei, ob er den ganzen Gegenstand gegen Ersatz der Verbesserung behalten oder ihn dem Andern ebenfalls gegen Vergütung überlassen wolle. §. 415.

Außerdem verpflichtet es Denjenigen, welcher fremde Geschäfte, bloß um den Nutzen des Andern zu befördern, übernommen hat, also auch den unredlichen Besitzer (§. 336.):
wenn er eigenmächtig so wichtige Veränderungen in einer fremden Sache vorgenommen, daß die Sache dem Andern zu dem Zwecke, wozu er sie bisher benutzte, unbrauchbar wird, die Sache auf eigene Kosten in den vorigen Stand zurückzusetzen, oder, wenn das nicht möglich ist, volle Genugthuung zu leisten. §. 1038.

Der Code Napoléon bestimmt:
Art. 576. Dans tous les cas où le propriétaire dont la matière a été employée à son insu, à former une chose d'une autre espèce, peut réclamer la propriété de cette chose, il a le choix de demander la restitution de sa matière en même nature, quantité, poids, mesure et bonté, ou sa valeur.

Art. 577. Ceux qui auront employé des matières appartenant à d'autres et à leur insu, pourront aussi être condamnés à des dommages et intérêts s'il y'a lieu.

B. Der Anspruch auf Ersatz des Erwerbspreises.

§. 292.

Der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben hat einen Anspruch auf Ersatz dessen, was er für den Erwerb der Sache gegeben hat, gegen den Eigenthümer der Sache.

Der Anspruch auf Ersatz des Erwerbspreises geht nach strengem Recht nur gegen den Vormann als Anspruch in Folge der Eviktion.

Im wirklichen Recht erweist sich jedoch das moralische Prinzip dadurch als wirksam, daß dem Besitzer in gerechtfertigtem guten

Glauben das Recht gegeben wird, den Ersatz des Erwerbspreises von dem Eigenthümer erstattet zu verlangen.

Dem Römischen Recht ist dieser Anspruch noch fremd. Doch lassen die ergangenen Reskripte ersehen, daß derartige Ansprüche von den Betheiligten erhoben wurden, denn es ergingen die Bescheide:

> mater tua vel maritus fundum tuum invita vel ignorante te vendere jure non potuit, sed rem tuam a possessore vindicare etiam non oblato pretio poteris. l. 3. C. 3. 32.

> Incivilem rem desideratis, ut agnitas res furtivas non prius reddatis, quam pretium fuerit solutum a dominis. l. 2. C. 6. 2.

> Si mancipium tuum, per vim vel furtum ablatum, alii ex nulla justa causa distraxerunt, vindicanti tibi dominium, solvendi pretii nulla necessitas irrogetur. l. 23. C. 3. 32.

Nur in einem ganz besonderen Falle wurde ein Anspruch gegeben:

> Mulier in opus salinarum ob maleficium data, et deinde a latrunculis exterae gentis capta, et jure commercii vendita ac redempta, in causam suam recidit; Cocceio autem Firmo centurioni pretium ex fisco reddendum est. l. 6. D. 49. 15.

In der Glosse wird zu l. 2. C. 6. 2. bemerkt:

> Quid si in taberna publica, vel in foro, ubi res ejusmodi vulgo vendi solent, bona fide quis emerit, puto pretium restituendum emptori.

Der diesem Satze zu Grunde liegende Gedanken hat praktische Bedeutung gewonnen. Man hat sogar theilweise in derartigen Fällen die Eigenthumsklage (vindicatio) gänzlich ausgeschlossen (§. 43. 1. 15. A. L. R., §. 367. O. G. B.) Von diesem Gesichtspunkt ist jedoch hier nicht zu handeln.

Hier handelt es sich nur um den Anspruch auf Ersatz des Erwerbspreises.

Im A. L. R. findet das angegebene Recht des Besitzers in gerechtfertigtem guten Glauben vollständige Anerkennung. Es heißt 1. 15.:

> §. 25. Wer die dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache von einer unverdächtigen Person durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, muß dieselbe zwar ebenfalls zurückgeben;

> §. 26. Er kann jedoch dagegen die Erstattung alles dessen, was er dafür gegeben oder geleistet hat, fordern.

Daß im §. 25. generell der redliche Erwerber gemeint ist, ergeben die §§. 24. 27. 28. l. c., denn sie sprechen ausdrücklich von

„redlicher Weise an sich bringen, redlichem Besitz, redlichem Erwerb". und auch andere §§., z. B. §. 154. 1. 11. „als redlicher Besitzer".

Als ein besonderer Fall des redlichen Besitzes wird hervorgehoben 1. 15.:

> §. 44. Wer eine Sache auf Messen und Märkten oder sonst von Leuten, welche Sachen dieser Art unter obrigkeitlicher Erlaubniß öffentlich feil haben, erkauft hat, dem kommen wegen der nur gegen Ersatz zu leistenden Rückgabe die Rechte eines redlichen Besitzers zu;

nämlich sofern ihm unbekannt war, daß die Sachen dem Verkäufer nicht gehören. §. 24. 1. 10.

Das. O. G. B. schließt überhaupt die Eigenthumsklage gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache aus, wenn er beweist:

> daß er diese Sache gegen Entgelt von Jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauch, zur Verwahrung, oder in was immer für einer anderen Absicht anvertraut hatte. §. 367.

Abgesehen von diesem Falle stellt es den Grundsatz des strengen Rechts auf:

> §. 333. Selbst der redliche Besitzer kann den Preis, welchen er seinem Vormanne für die ihm überlassene Sache gegeben hat, nicht fordern.

und fügt nur die unbestimmte und unpraktische Bestimmung hinzu:

> Wer aber eine fremde Sache, die der Eigenthümer sonst schwerlich wiedererlangt haben würde, redlicher Weise an sich gelöset und dadurch dem Eigenthümer einen erweislichen Nutzen verschafft hat, kann eine angemessene Vergütung fordern.

Der Code Napoléon hat bezüglich beweglicher Sachen den Grundsatz aufgenommen:

> Wer den Besitz einer Sache einem Andern überträgt, hat nur einen persönlichen Anspruch auf Rückgabe, aber kein Recht zur Vindikation gegen den dritten Besitzer.

Diesen Sinn hat der etwas kurz gefaßte:

> Art. 2279. En fait de meubles la possession vaut titre.

Dies ergiebt namentlich der Gegensatz, indem Vindikation zulässig ist, wenn der Eigenthümer den Besitz unfreiwillig verloren hat:

> Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. l. c.

In einem solchen Falle, also nur wenn es sich um Rückgabe gestohlener oder verlorener beweglicher Sachen handelt, wird das

Recht des redlichen Besitzers auf Ersatz des Erwerbspreises in gewisser Weise anerkannt, denn es heißt:

Art. 2280. Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.

Anstatt also den bezüglichen Grundsatz allgemein auszusprechen, hat der Code Napoléon nur einzelne diesem Prinzip entsprechende Fälle aufgenommen.

Zweiter Abschnitt.

Recht des redlichen Besitzers Unberechtigten gegenüber.

Es ist bisher erörtert worden, wie im wirklichen Recht in Folge der Wirksamkeit des moralischen Prinzips eigenthümliche Ansprüche entstehen.

Es erweist sich aber demnächst das moralische Prinzip in einer tiefer greifenden Weise wirksam, nämlich indem es nicht bloß Ansprüche, sondern wirkliches Recht erzeugt. Dies geschieht zunächst zwischen solchen Personen, welche nach strengem Recht kein Recht haben.

Nach strengem Recht hat nur der Eigenthümer, oder wer sein Recht von ihm herleitet, Rechte an der Sache. Jeder Andere, welcher ein solches Recht nicht hat und die Sache besitzt, ist ein widerrechtlicher Besitzer. Wird ihm die Sache entzogen, so wird gegen ihn kein Unrecht begangen, sondern es tritt nur die Veränderung ein, daß nun der neue Besitzer zum Eigenthümer in das Verhältniß eines widerrechtlichen Besitzers tritt.*) Im wirklichen Recht wird von dieser Auffassungsweise abgegangen und dem Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben ein dem Recht des Eigenthümers entsprechendes Recht gegeben. In diesem Sinne heißt es:

Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit. l. 7. §. 6. D. 6. 2.

Es ergiebt sich zunächst unmittelbar, daß dies Recht dem wirklich

---

*) Zum Ueberfluß mag bemerkt werden, daß hier nur vom materiellen Recht und von materieller Rechtsverletzung die Rede ist und daß die Lehre von den possessorischen Interdikten in das formelle Recht gehört. Dieselben gründen sich nämlich auf kein materielles Recht, sondern auf das formelle Recht der Person im Staate, nur durch Anrufung des Richters, nicht durch Selbsthülfe, angegriffen zu werden.

Berechtigten, also dem Eigenthümer gegenüber nicht geltend gemacht werden kann. Nur dem minder Berechtigten gegenüber ist dies Recht wirksam. Bei der Frage, wer als minder berechtigt anzusehen, ist eine entgegengesetzte Ansicht möglich, soweit es sich um das Recht des Besitzers in gerechtfertigtem guten Glauben gegenüber dem Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben handelt.

Man kann nämlich das Recht des Besitzers in gerechtfertigtem guten Glauben (abgesehen vom Eigenthümer) allen übrigen Personen gegenüber völlig gleich dem Recht des Eigenthümers behandeln. Nach dieser Auffassungsweise muß jeder spätere Besitzer, auch der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben, dem früheren Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben nachstehen. Man kann aber auch, wenn ein früherer und späterer Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben sich gegenüber stehen, beide als in gleicher Weise berechtigt ansehen. Daraus folgt, daß ein solcher späterer Besitzer einem früheren Besitzer nicht nachsteht, sondern als Besitzer obsiegt. Nach dieser Auffassungsweise würde der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben die Rechte des Eigenthümers nur haben gegenüber späteren Besitzern in ungerechtfertigtem guten oder in bösem Glauben.

Die erstere Auffassungsweise dürfte die angemessenere sein. Namentlich würde durch Annahme der zweiten Auffassungsweise ein wesentlicher praktischer Zweck verfehlt werden. Denn so oft der Verklagte nachwiese, daß er Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben sei, müßte der Kläger jedesmal nachweisen, daß er wirklich Eigenthümer der Sache geworden. Gerade wegen der Schwierigkeit dieses Beweises wurde aber die actio Publiciana eingeführt.

§. 293.

Der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben hat, außer gegen den Eigenthümer, alle Rechte des Eigenthümers. Stehen sich zwei Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben gegenüber, so hat derjenige gegen den andern die Rechte des Eigenthümers, dessen Besitz älter ist.

Im Römischen Recht wird vom bonae fidei possessor gesagt:
nullam habet in rem directam actionem, quippe ita proditae sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. §. 4. J. 4. 6.

Aus Billigkeit:
quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, l. c.
gab ihm der Prätor eine Klage:

inventa est a praetore actio. eod. l. c.

und zwar:

ad instar proprietatis. l. 7. §. 6. D. 6. 2.

Bedingung der Klage war bonae fidei possessio im Sinne des Römischen Rechts:

si quis id, quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo. l. 1. pr. l. c.

praetor ait: qui bona fide emit. l. 7. §. 11. l. c.

ut (possessor) credat, se dominum esse. l. 13. §. 1. l. c.

Der Anspruch ging natürlich nicht gegen den wirklichen Eigenthümer:

si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est. l. 31. §. 2. D. 19. 1.

Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur; (ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio: si ea res possessoris non sit). l. 17. D. 6. 2.

Dagegen ging der Anspruch:

1) gegen denjenigen, welcher nicht bonae fidei possessor war:

ut is, qui bona fide emit, possessionemque (ejus) ex ea causa nactus est, potius rem habeat (quam qui nullum titulum habet, wie die Glosse zusetzt, und als der, welcher malafide besaß). eod. l. c.

2) gegen den spätern bonae fidei possessor, jedoch unbedingt nur, wenn beide Besitzer ihr Recht von demselben Autor herleiten:

si quidem ab eodem non domino emerint. l. 9. §. 4. l. c.

In diesem Falle galt der Grundsatz:

potior sit, cui priori res tradita est. eod. l. c.

qui prior jus ejus apprehendit, hoc est, cui primum tradita est. l. 31. §. 2. D. 19. 1.

Wenn dagegen beide Besitzer ihr Recht von verschiedenen Personen herleiten, so wird die Sache verschieden aufgefaßt.

Neratius sieht den früheren Besitzer als den Berechtigten an:

uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est; sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is a nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit, hoc est, cui primum tradita est. eod. l. c.

Julianus und Ulpian dagegen meinen:

Si a diversis non dominis, melior causa sit possiden-

tis, quam petentis; quae sententia vera est. l. 9. §. 4. D. 6. 2.

Mit Unrecht sagt also Koch, letztere Ansicht sei die alleinige. Koch, Besitz S. 295.

Das A. L. R. sagt 1. 7.:

§. 175. Der vollständige Besitzer ist nur dem wahren Eigenthümer zu weichen schuldig.

§. 176. Gegen jeden Andern hat er alle Rechte des Eigenthümers (Tit. 15.).

und im Falle einer Kollision mit dem Eigenthümer 1. 10.:

1) bezüglich unbeweglicher Sachen:

§. 18. Wenn verschiedene Personen einen an sich rechtsgültigen Titel zur Erwerbung des Eigenthums einer unbeweglichen Sache erhalten haben, so geht derjenige, dessen Titel von dem im Hypothekenbuch eingetragenen Eigenthümer herrührt, den Uebrigen vor.

2) bezüglich beweglicher Sachen:

§. 21. Bei beweglichen Sachen hat unter mehreren, welche auf das Eigenthum aus einem an sich rechtsgültigen Titel Anspruch machen, derjenige, dessen Titel von dem bisherigen wahren Eigenthümer herrührt, der Regel nach den Vorzug.

Die Ausnahmen bilden die Fälle, in welchen die Veräußerung durch einen Nicht-Eigenthümer Eigenthum überträgt.

Das A. L. R. bestimmt dann ferner 1. 7.:

§. 177. Alles Vorstehende (§§. 169—176.) gilt nur auf den Fall, wenn der Besitz redlich ist.

Nur der redliche Besitzer im Sinne des A. L. R. also hat die Rechte des Eigenthümers.

Koch hat daher unrecht, wenn er meint:

es fehle das gemeinrechtliche Erforderniß des rechtlichen Titels. Koch, Besitz S. 300.

Wenn auch nach §. 18. und 179. jeder Besitzer die Vermuthung der Redlichkeit für sich hat, so genügt doch nicht die Berufung auf diese Vermuthung zur Begründung der Klage, denn dem Verklagten steht gleiche Vermuthung zur Seite, und nur von ihm gilt der Grundsatz:

§. 180. Er ist also, wenn er deshalb in Anspruch genommen wird, den Titel seines Besitzes anzugeben und nachzuweisen nicht schuldig.

Der Anspruch aber geht:

1) gegen den untitulirten Besitzer nach näherer Bestimmung des §. 37. ff. 1. 15.
2) gegen den unredlichen Besitzer im Sinne des A. L. R., d. h. gegen den Besitzer in bösem und ungerechtfertigtem guten Glauben 1. 7.:

§. 178. Der unredliche Besitzer muß immer dem redlichen weichen.

3) gegen den späteren redlichen Besitzer.

Leiten beide Besitzer ihr Recht von demselben Autor her, so ist man darüber einig, daß derjenige als berechtigt gilt, welchem zuerst übergeben wurde. Bornemann I. 543. Koch, Besitz 301.

Leiten beide Besitzer ihr Recht von verschiedenen Autoren her, so findet sich derselbe Widerspruch der Ansichten wie im Römischen Recht.

Bornemann meint:

der Kläger muß abgewiesen werden, da er höchstens ein gleiches Recht zum Besitz hat, in pari causa aber melior causa possidentis est. I. 543.

Koch dagegen:

Nach dem A. L. R. jedoch wird zufolge des Grundsatzes, daß der redliche Besitzer gegenüber jedem Andern als dem Eigenthümer das Recht des Eigenthümers hat, der ältere Titel den Vorzug geben, weil der ältere Besitzer diese Rechte schon hatte, als der Andere seinen Titel erwarb. l. c.

Letztere Meinung dürfte, abgesehen davon, daß nicht der ältere Titel sondern die ältere Uebergabe entscheidet, die richtige sein. Dafür spricht namentlich die Fassung des §. 25. I. 15.:

Wer die dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache . . an sich gebracht hat, muß dieselbe zurückgeben.

Das O. G. B. verordnet:

§. 372. Wenn der Kläger mit dem Beweise des erworbenen Eigenthums einer ihm vorenthaltenen Sache zwar nicht ausreicht, aber den gültigen Titel und die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitz gelangt ist, dargethan hat, so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen oder nur einen schwächeren Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigenthümer gehalten.

Eigenthümlich ist hiernach dem O. G. B., daß es nicht bona fides, sondern echte Art des Erwerbes fordert. Darunter ist nur das Negative zu verstehen, daß Jemand nicht:

sich in den Besitz eindrängt, oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht und das, was man ihm aus Gefälligkeit, ohne sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen, gestattet, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht. §. 345.

Hiernach hat also auch der unredliche Besitzer den Anspruch.

Was das O. G. B. unter einem schwächeren Titel versteht, das sagt es nur durch Beispiele, nämlich:

1) wenn der Geklagte die Sache auf eine unredliche oder un-

rechtmäßige Weise besitzt. §. 373. Unrechtmäßig aber ist der Besitz, wenn er auf keinem gültigen, d. h. keinem zur Erwerbung tauglichen Rechtsgrunde beruhet. §. 316.

2) wenn er keinen oder nur einen verdächtigen Vormann anzugeben vermag. §. 373.

3) wenn er die Sache ohne Entgelt, der Kläger aber gegen Entgelt erhalten hat. §. 373. (Diese Bestimmung dürfte sich nicht rechtfertigen.)

In den Fällen ad 1. 2. ist vorausgesetzt, daß dem Kläger kein gleicher Mangel des Besitzes entgegensteht. Denn es heißt ferner:

§. 374. Haben der Geklagte und der Kläger einen gleichen Titel ihres echten Besitzes, so gebühret dem Geklagten kraft des Besitzes der Vorzug.

Diese Bestimmung ist, wenigstens den Worten nach, auch anwendbar, wenn Kläger und Verklagter ihr Recht von demselben Autor herleiten.

Der Code Napoléon erwähnt den in Rede stehenden Anspruch nicht.

In Folge des Satzes:

En fait de meubles la possession vaut titre. Art. 1279.

ist auch bezüglich beweglicher Sachen keine Bestimmung nöthig. Soweit Vindikation überhaupt zulässig ist, nämlich Seitens dessen:

qui a perdu ou auquel il a été volé une chose,

reicht schon der Besitz allein aus zur Begründung der Klage.

Vorstehend ist nur das Recht des Besitzers anderen Besitzern gegenüber erwähnt. Der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben hat aber auch allen übrigen Personen gegenüber die Rechte des Eigenthümers.

Namentlich also kann er klagen:

1) mit der actio legis Aquiliae auf Grund von Verletzungen. cf. §. 231.

2) dagegen steht die Negatorienklage nur dem dominus zu. l. 2. pr. D. 8. 5. cf. §. 229.

Das A. L. R. sagt dagegen 1. 15.:

§. 4. Inwiefern der Besitzer eines Rechts diesen seinen Besitz gegen einen andern, der sich eben dasselbe Recht anmaaßt, verfolgen könne, ist nach gleichen Regeln, wie bei dem Besitze körperlicher Sachen, zu beurtheilen.

Es ist zwar hier nur an den Fall einer Kollision desselben Rechts gedacht, also nicht an den Fall, wenn Jemand ein Recht als Eigenthümer beansprucht, was ein Anderer als Servitut in Anspruch nimmt, allein es ist doch auch dieser Fall nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Man kann daher gedachte Bestimmung auch auf die Negatorienklage anwenden.

Dritter Abschnitt.

Die Veränderung des Rechts.

Eine wirkliche Veränderung des Rechts gegen das Prinzip des strengen Rechts tritt in zweifachem Grade hervor:

1) Die Substanz des Rechts bleibt unverändert, aber es erwirbt ein nach strengem Recht Unberechtigter das Recht auf die aus der Substanz des Rechts hervorgehenden Nutzungen (Fruchterwerb des redlichen Besitzers).
2) Es wird die Substanz des Rechts selbst zum Nachtheil des Berechtigten und zum Vortheil des Unberechtigten verändert.

Erstes Kapitel.

Der Fruchterwerb des redlichen Besitzers.

Nach dem Prinzip des strengen Rechts gehören dem Eigenthümer einer Sache, resp. dessen Stellvertreter, die aus der Sache hervorgehenden Früchte, und jeder anderweite Besitzer, welcher sich die Früchte aneignet, verletzt das Recht des Eigenthümers.

Im wirklichen Recht erweist sich jedoch das moralische Prinzip dadurch als wirksam, daß der Grundsatz gilt:

Der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben erwirbt während der Dauer dieses Verhältnisses die Früchte.

Koch bezeichnet zwar bezüglich des A. L. R. diesen Grundsatz als einen „willkürlich hineingeworfenen, mit dem Ganzen in keinem inneren Zusammenhange stehenden Satz" (Koch, Besitz S. 67.); allein mit Unrecht, denn einerseits ist jener Grundsatz nur eine Folge der konsequenten Wirksamkeit des moralischen Prinzips im wirklichen Recht, und andererseits ist er in allen Gesetzgebungen anerkannt, namentlich auch im Römischen Recht.

§. 294.

Der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben erwirbt Eigenthum an den während der Dauer seines redlichen Besitzes fällig werdenden und von der Sache abgesonderten Früchten.

Soweit es sich um ein nutzbares Grundstück handelt, erwirbt er Eigenthum an allen während der

Dauer des Wirthschaftsjahres fällig werdenden Früchten und Nutzungen nach Verhältniß der Zeit, während welcher sein Besitz in dem bezüglichen Wirthschaftsjahre redlich war.

Bezüglich des Römischen Rechts gilt der Satz:

naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus (bonae fidei possessoris) esse pro cultura et cura. §. 35. J. 2. 1.

Im ältesten Römischen Recht galt dieser Satz wohl noch nicht, denn Tryphonius bezeichnet als das älteste Recht des bonae fidei possessor das Recht der Verjährung. l. 12. §. 8. D. 49. 15. Jedenfalls aber war jener Satz schon frühzeitig anerkannt.

Anfänglich scheint man das Recht des bonae fidei possessor nur auf die durch cultura et cura perzipirten Früchte beschränkt zu haben. Denn es sagt Pomponius:

fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis acquisivit, veluti serendo;nam si pomum decerpserit, vel ex silva caedit, non fit ejus, sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur. l. 45. D. 22. 1.

Die herrschende Meinung ging jedoch dahin, daß alle Früchte Eigenthum des bonae fidei possessor wurden:

praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent. l. 25. §. 1. l. c.

bonae fidei emptor fructus suos facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes. l. 48. D. 41. 1.

Daß der bonae fidei possessor wirklich Eigenthum an den Früchten erwarb, wird vielfach auf das Unzweideutigste ausgesprochen.

Es wird von ihm allgemein und unbedingt gesagt:

ejus esse. §. 35. J. 2. 1.
bonae fidei possessoris fiunt. l. 48. pr. D. 41. 1.
fructus meos faciam. §. 1. l. c.
fructus suos faciat. l. 25. §. 1. 2. D. 22. 1.
acquirit. l. 23. D. 41. 1.
statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris. l. 28. pr. D. 22. 1.

und vom malae fidei possessor im Gegensatz:

suos non faciet. l. 40. D. 41. 1.

Diese Worte bezeichnen unzweideutig einen Eigenthumserwerb.

Es wird dann auch speziell gesagt, der bonae fidei possessor habe dasselbe Recht, wie der Eigenthümer, usufructuar und emphyteuta, also Eigenthum:

porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simulatque a solo separati sunt. l. 25. §. 1. D. 22. 1.

In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac, et pilus, et lana. Itaque agni, et hoedi, et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet. l. 28. pr. §. 1. l. c.

Es heißt aller Interpretation ins Gesicht schlagen, wenn man meint: der Eigenthümer, usufructuar und emphyeuta erwerben Eigenthum an den Früchten, der bonae fidei possessor aber nicht wirkliches Eigenthum, sondern nur ein sogenanntes interimistisches Eigenthum oder eine bonae fidei possessio.

Gegen jene unzweideutigen Stellen kann man sich auch nicht darauf berufen, daß es einmal heißt:

bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, quia, quod ad fructus attinet loco domini paene est. l. 48. pr. D. 41. 1.

Denn gerade in dieser Stelle wird ferner gesagt:

statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt.

Der Sinn jener Stelle ist vielmehr:

Der bonae fidei possessor erwirbt Eigenthum an den während der Dauer seiner bonae fidei possessio (interim) perzipirten Früchten. Er steht dem Eigenthümer fast gleich. Ganz gleich steht er ihm nicht, weil der Eigenthümer auch über die künftigen Früchte der Sache gültig verfügen kann.

In ähnlicher Weise wird gesagt:

interim fierent proprietarii? mox apprehensi fructuarii efficientur, exemplo rei sub conditione legatae, quae interim haeredis est, existente autem conditione ad legatarium transit. l. 12. §. 5. D. 7. 1.

fructus interea captos emptorem priorem sequi. l. 6. pr. D. 18. 2.

de fructibus, quos interim emptor percepisset; . . ut emptor interim eos sibi suo jure perciperet. l. 5. D. 18. 3.

Die Ansicht, der bonae fidei possessor erwerbe nur eine bonae fidei possessio und erst durch Verjährung Eigenthum an den Früchten, wird unzweideutig im Römischen Recht verworfen. Denn obwohl vielfach der Fruchterwerb und der Erwerb durch Verjährung nebeneinander gestellt werden, ist doch nirgend von einem Erwerb der Früchte durch Verjährung die Rede, sondern es wird ausdrücklich gesagt, zum Erwerb der Früchte bedürfe man keiner Verjährung, weil die Früchte schon durch die Separation erworben werden.

Die Römischen Juristen stellen den Erwerb der Früchte unter einen ganz anderen Gesichtspunkt, wie den Erwerb durch Verjährung:

Daher sagt Paulus:

is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit.

In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam. Pomponius, verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat; hoc enim ad jus (id est capionem), illud ad factum pertinere, ut si quis bona aut mala fide possideat. l. 48. §. 1. D. 41. 1.

Hielte Paulus die Ansicht, der bonae fidei possessor erwerbe Eigenthum an den Früchten durch Verjährung, auch nur für möglich, so hätte er sich gewiß nicht in dieser Weise ausgedrückt.

Daß aber eine derartige Ansicht keinem einzigen Juristen innewohnte, ergeben unzweideutig die Stellen, wo vom Erwerb der Erzeugnisse einer res furtiva gehandelt wurde.

Es wird dabei zunächst bemerklich gemacht, daß man die Erzeugnisse einer Sache nicht den Theilen einer Sache gleichstellen dürfe:

nec enim esse partum rei furtivae partem. Caeterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat. l. 10. §. 2. D. 41. 3. l. 26. D. 50. 16.

Die Erzeugnisse einer Sache aber unterscheiden sich als partus ancillae und fructus:

partus ancillae non numeratur in fructu. l. 48. §. 6. D. 47. 2.

Deshalb wird der partus nicht gleich der Frucht durch separatio erworben, sondern durch Verjährung:

partum ancillae furtivae usu suum faciunt; partum usucapi. l. 33. pr. D. 41. 3.

Von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus werden dagegen

partus ancillae und fructus gleichgestellt, nämlich von dem Gesichtspunkt:

inwiefern die Eigenschaft der res furtiva (rei vitium) auf den partus, die Frucht, übergehe,

und da gilt allerdings bezüglich beider der Satz:

wenn der partus, die fructus das rei vitium überkommen, so können sie als res furtivae von Niemandem usucapirt werden;

aber es ist gänzlich verkehrt, hieraus zu schließen:

Früchte, die nicht als res furtivae anzusehen sind, werden durch Verjährung erworben.

Das Verkehrte einer solchen Annahme ergeben unzweideutig folgende Stellen:

lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest (nämlich als res furtiva); si vero apud bonae fidei possessorem, contra, quoniam in fructu est (also nicht als res furtiva gilt), nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. l. 4. §. 19. D. 41. 3.

In demselben Sinne heißt es:

Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur. l. 48. §. 6. D. 47. 2.

Wenn in einer anderen Stelle gesagt wird:

ancilla si subripiatur praegnans, vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei possessorem.

Sed si concepit apud bonae fidei possessorem, ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit.

und es dann weiter heißt:

idem et in pecudibus servandum est, et in foetu earum, quod in partu. l. 48. §. 5. l. c.

so geht diese Gleichstellung des partus und fructus nur auf die Eigenschaft der res furtiva, keineswegs auch auf den zweiten Satz:

daß der partus non furtivus usucapirt werde;

denn gerade in jener Stelle wird gesagt:

ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt. l. 48. §. 6. l. c.

In gleicher Weise ist auch die nachstehende Stelle zu verstehen:

si bos apud furem concepit, vel apud furis haeredem, pariatque apud furis haeredem — und deshalb die Frucht als res furtiva gilt, — usucapi ab haerede distractum juvencum non posse; sic quemadmodum nec ancillae partus.

und wenn es nun weiter heißt:

Scaevola autem scribit, se putare, usucapere posse et partum. l. 10. §. 2. D. 41. 3.

so ist damit nur gesagt:

Scaevola glaubt, daß in einem solchen Falle der partus nicht als res furtiva anzusehen ist, und deshalb usucapirt werden kann;

keineswegs aber ist daraus zu folgern:

zum Erwerb der fructus sei usucapio nöthig.

Nach Vorstehendem ist also anzunehmen:

der bonae fidei possessor erwirbt wirkliches Eigenthum an den Früchten;

und nur die fernere Frage kann entstehen:

In welchem Umfange ist dies der Fall?

Was:

1) die Zeit anbelangt, so ging eine Ansicht dahin, mala fides superveniens hindere nicht den Fruchterwerb:

bonae fidei emptor sevit, et antequam fructus perciperet, cognovit, fundum alienum esse; an perceptione fructus suos faciat, quaeritur. Respondi, bonae fidei emptor, quod ad percipiendos fructus, intelligi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit; nam et servus alienus, quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea, vel ex operis suis acquiret, quamdiu a me evictus non fuerit. l. 25. §. 2. D. 22. 1.

Nach der herrschenden Meinung hörte jedoch das Recht des Fruchterwerbes mit dem Augenblicke auf, in welchem der Besitzer malae fidei possessor wurde:

tamdiu autem acquirit, quamdiu bona fide servit; caeterum si coeperit scire, esse eum alienum, vel liberum, videamus an ei acquirit? quaestio in eo est, utrum initium spectamus an singula momenta? Et magis est, ut singula momenta spectemus. l. 23. §. 1. D. 41. 1.

In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam. Pomponius, verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat. l. 48. §. 1. l. c.

Schwerer zu beantworten ist die Frage:

2) Inwieweit blieben die vorhandenen Früchte Eigenthum des bonae fidei possessor?

Ursprünglich sagte man:

fructus, quos percepit, ejus esse. §. 35. J. 2. 1.

percipiendo fructus suos facit. l. 48. pr. D. 41. 1.
perceptos fructus suos faciat. l. 25. §. 1. D. 22. 1.

aber man verstand das Wort perceptio dahin:

perceptionem fructus accipere debemus, non si perfecti collecti, sed etiam coepti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint. l. 78. D. 6. 1.

Endlich wurde als entscheidender Moment des Eigenthumserwerbes die Trennung vom Grund und Boden angegeben:

statim ubi a solo seperati sunt. l. 48. pr. D. 41. 1.
mox, cum a solo separati sint. l. 13. D. 7. 4.
quoquo modo a solo separati fuerint. l. 25. §. 1. D. 22. 1.

namentlich also auch:

ea olea, quae per se deciderit. l. 13. D. 7. 4.

Hiernach wird also der bonae fidei possessor Eigenthümer aller abgesonderten Früchte, namentlich also auch, wenn es sich um einen fundus handelt.

Wenn es nun an einer Stelle heißt:

Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bonae fidei vero exstantes. l. 22. C. 3. 32.

und man unter fructus exstantes nicht die fructus stantes, sondern die noch beim Besitzer vorhandenen verstehen will, so ist die Bemerkung der Glosse:

lex est difficilis, si quae hoc titulo alia,

nicht nur richtig, sondern es wäre zu sagen:

der Widerspruch dieser Stelle mit den übrigen Stellen ist unlösbar.

Wenigstens soll hier eine Lösung des Widerspruchs nicht versucht werden. Es genügt, nachgewiesen zu haben, daß der in alle neueren Gesetzbücher übergegangene Grundsatz vom Fruchterwerb des redlichen Besitzers schon im Römischen Recht zu finden ist.

Das A. L. R. sagt I. 7.:

§. 189. Alle während des redlichen Besitzes (d. h. bis zu dem Zeitpunkt, wo der Besitzer von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes überführt worden, §. 17. l. c.) gezogenen Nutzungen und genossenen Früchte sind und bleiben das Eigenthum eines solchen Besitzers.

§. 190. Er darf den Werth davon dem Eigenthümer nicht erstatten, selbst wenn er dadurch im Besitz eines Vortheils sich noch wirklich befindet.

§. 191. Hat er aber Nutzungen, die in Zukunft erst fällig sind, zum Voraus erhoben, so muß er dieselben insoweit, als ihr Verfalltag erst nach dem Ende der Redlichkeit seines Besitzes eintritt, dem Eigenthümer herausgeben.

Bei beweglichen Sachen, namentlich auch Vieh, ist entscheidend.
die Absonderung, die Trennung. §§. 193. 194.

Bei Landgütern, Häusern und anderen nutzbaren Grundstücken:
behält der redliche Besitzer alle und jede Früchte und Nutzungen vorhergehender Wirthschaftsjahre. §. 195.

§. 197. Die Nutzungen des letzten Jahres werden zwischen dem Besitzer und Eigenthümer getheilt.

§. 200. Die Theilung der Nutzungen geschieht nach der Zeit, während welcher der Besitz in diesem Jahre redlich oder unredlich gewesen ist.

Das O. G. B. verordnet:

§. 330. Dem redlichen Besitzer gehören alle aus der Sache entspringenden Früchte, sobald sie von der Sache abgesondert worden sind, ihm gehören auch alle andere schon eingehobene Nutzungen, insofern sie während des ruhigen Besitzes (d. h. bis zu dem Zeitpunkt der ihm zugestellten Klage, §. 338.) bereits fällig gewesen sind.

Der Code Napoléon bestimmt:

Le simple possesseur ne fait les fruits siens, que dans le cas où il possède de bonne foi. Art. 549.

Il cesse d'être de bonne foi du moment, où ces vices (d'un titre translatif) lui sont connus.

Zweites Kapitel.

Die Veränderung der Substanz des Rechts.

Eine Veränderung der Substanz des Rechts tritt ein:

1) in den Fällen der zwangsweisen Veräußerung:
   a) im Wege der Expropriation;
   b) im Wege der Exekution;
2) in den aus Gründen des wirklichen Rechts eintretenden Veränderungen des Rechts. Diese Veränderungen treten ein:
   a) durch Vermittelung des Richters als Organ des allgemeinen Willens, nämlich durch Präklusion der unbekannten Berechtigten:
      α) im Falle des Fundes einer beweglichen Sache;
      β) im Falle der Präklusion der Realberechtigten bezüglich einer unbeweglichen Sache;
   b) ohne Vermittelung des Richters:
      α) in Folge einer durchgreifenden Einwirkung auf die Substanz einer Sache:
         αα) bezüglich Grundeigenthums durch Umwandlung von Sacheigenthum in Grundeigenthum:

ααα) vermittelst Anpflanzens;

βββ) vermittelst Bauens;

ββ) bezüglich Sacheigenthums:

ααα) durch Verbindung von Sacheigenthum;

βββ) durch Umformung von Sacheigenthum und bezüglich Geldes durch Besitz;

β) in Folge der Umwandlung eines dauernden thatsächlichen Zustandes in einen rechtlichen durch Verjährung.

Alle vorstehenden, aus Gründen des wirklichen Rechts eintretenden Veränderungen des Rechts erfolgen auf Grund eines wesentlichen Interesses der bürgerlichen Gesellschaft gegen das Prinzip des strengen Rechts.

Das Prinzip des strengen Rechts führt nämlich zu dem Satze:

Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest. l. 11. D. 50. 17.

Dieser Satz aber wird in den vorstehend erwähnten Fällen umgestoßen.

Das moralische Prinzip erweist sich dabei in der Art als wirksam, daß entweder eine Veränderung des Rechts nur im Falle vorhandenen guten Glaubens eintritt, oder wenigstens die Entschädigungsansprüche sich verschieden bestimmen, jenachdem in bösem oder gerechtfertigtem oder ungerechtfertigtem guten Glauben gehandelt wird.

In den Gesetzen kommen auch noch andere Weisen des Eigenthumserwerbes vor, dieselben lassen sich jedoch nicht rechtfertigen.

Diese Erwerbsweisen sind:

1) der Erwerb vom Staatsoberhaupt und Fiskus.

Diese Erwerbsweise ist eine Folge der Verwechselung der Rechte der Staatsgewalt mit dem Privatrecht des Staatsoberhauptes und des Fiskus.

Im Römischen Recht war schon die Bestimmung:

Edicto Divi Marci cavetur, eum, qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium praeterierit, posse dominum rei exceptione repellere. §. ult. J. 2. 6.

eine ungerechtfertigte, weil hier der Veräußerung durch den Fiskus ein besonderes Privilegium bezüglich der Zeit der Verjährung beigelegt wurde.

Noch unrichtiger aber waren die Bestimmungen, wonach:

omnes, qui quascunque res mobiles, vel immobiles . . . a sacratissimo aerario comparaverint, . . quibuscunque res mobiles, seu immobiles, seu se moventes munificentiae principalis nomine datae fuerint,

in der Art geschützt wurden, daß ihr Eigenthumsrecht nicht angefochten werden konnte:

data volentibus licentia intra quadriennium contra sacratissimum aerarium, si quas sibi competere actiones existimant, exercere. l. 2. C. 7. 37.

und die Bestimmung Justinians, welcher es satis irrationabile fand, zu unterscheiden zwischen fiscalibus alienationibus und Veräußerung von Sachen, quae a sacratissimis imperatoribus, non a fiscalibus rebus, sed ex privata eorum substantia procedunt:

quae enim differentia introducitur, cum omnia principis esse intelligantur, sivi ex sua substantia, sive ex fiscali fuerit aliquid alienatum? Eodemque modo et si a serenissima Augusta aliquid alienetur, quare non eadem utatur praerogativa?

und daher:

omnes alienationes de aula procedentes, sive a nostra clementia, sive a serenissima Augusta conjuge nostra, sive ab his, qui postea digni fuerint nomine imperiali, sive jam alienatum quiddam est, sive postea fuerit,

für unanfechtbar erklärte und nur Entschädigungsanspruch gab:

adversus domos nostras intra quadriennium. l. 3. pr. §. 1. 2. C. l. c.

Das A. L. R. hat den Satz beibehalten l. 15.:

§. 42. Sachen, die vom Fisko erkauft worden, sind keiner Vindikation unterworfen.

Man hat dabei wohl nur an bewegliche Sachen gedacht. Jedenfalls würde jener Paragraph keine Anwendung finden bezüglich solcher unbeweglicher Sachen, bezüglich deren ein Hypothekenfolium existirt.

Ueber die Entschädigungsansprüche gegen den Fiskus schweigt das A. L. R.

2) der Erwerb in öentlichen Versteigerungen.

Soweit keine Präklusion der Berechtigten stattfindet, fehlt es an einem ausreichenden Grunde, die Rechte des wirklichen Eigenthümers auszuschließen.

Bei einer im Wege des freiwilligen Ausgebots erfolgenden Veräußerung leuchtet dies sofort ein. Daher werden freiwillige gerichtliche Verkäufe gewöhnlichen Verkäufen gleichgestellt. §. 360. ff. l. 11. A. L. R.

Erfolgt das Ausgebot im Wege der unfreiwilligen Veräußerung, so müssen die Grundsätze von der unfreiwilligen Veräußerung maaßgebend sein. §. 296.

Dagegen fehlt es an jedem Grunde, dem öffentlichen Ausgebot

für sich allein die rechtliche Wirkung beizulegen, die Rechte wirklich Berechtigter zu beseitigen.

Das Römische Recht hat daher auch nur im Falle der Veräußerung durch den Fiskus (fisco auctore — a fisco facta venditio. l. 5. C. 10. 3.) den Grundsatz aufgestellt:

> ut perpetuo penes eos sint jure dominii, quibus res hujuscemodi sub hastae solennis arbitrio fiscus addixerit. eod. l. c.

Das A. L. R. enthält dagegen die ganz allgemeine unrichtige Bestimmung 1. 15.:

> §. 42. Sachen, die bei öffentlichen Versteigerungen erkauft worden sind, sind keiner Vindikation unterworfen.

Es ist dabei nur an bewegliche Sachen gedacht.

Das O. G. B. sagt:

> §. 367. Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt, wenn er beweiset, daß er diese Sache in einer öffentlichen Versteigerung an sich gebracht hat. In diesen Fällen wird von dem redlichen Besitzer das Eigenthum erworben, und dem vorigen Eigenthümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu.

3) der Erwerb von öffentlich anerkannten Kaufleuten.

Auch in derartigen Fällen kann nur die Verpflichtung, das Eigenthumsrecht des Veräußernden zu prüfen, fortfallen; der Erwerber hat also die Rechte eines redlichen Besitzers, aber es läßt sich nicht rechtfertigen, das Recht des wirklichen Eigenthümers gänzlich zu beseitigen.

Es sind daher unrichtig die Bestimmungen des A. L. R. 1. 15.:

> §. 43. Sachen, die in den Läden solcher Kaufleute, die die Gilde gewonnen haben, erkauft worden, sind keiner Vindikation unterworfen (nämlich im Falle des Erwerbes in gutem Glauben. §. 24. 1. 10.).

und des O. G. B.:

> §, 367. Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt, wenn er beweiset, daß er diese Sache von einem zu diesem Verkehr befugten Gewerbsmanne an sich gebracht hat.

4) Erwerb einer von dem Eigenthümer freiwillig aus dem Besitz gegebenen beweglichen Sache.

Auch in einem derartigen Falle fehlt es an einem ausreichenden Grunde, dem Erwerber der Sache nicht bloß die Rechte eines redlichen Besitzers zu geben, sondern das Eigenthumsrecht des Eigenthümers gänzlich zu beseitigen. Nur im Falle des Besitzes von Geld treten mit Recht eigenthümliche Grundsätze in Anwendung. Vergl. §. 311.

Es ist daher unrichtig die Bestimmung des O. G. B., daß die Eigenthumsklage ausgeschlossen ist:

gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache, wenn er beweiset, daß er diese Sache gegen Entgelt von Jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer anderen Absicht anvertraut hatte. §. 367.

und die Bestimmung des Code Napoléon, wonach:

Art. 2279. En fait de meubles la possession vaut titre.

und eine Eigenthumsklage nur zulässig ist, wenn der Eigenthümer den Besitz unfreiwillig aufgab:

qui a perdu ou auquel il a été volé une chose. l. c.

Erster Titel.

Veränderungen des Rechts durch zwangsweise Veräußerung.

In welchen Fällen und in welchen Formen eine zwangsweise Veräußerung eintritt, die Entscheidung dieser Frage gehört ins Staatsrecht und ins Prozeßrecht.

Nach ihrer privatrechtlichen Wirkung ist zu unterscheiden:

1) die im Staats-Interesse zwangsweise erfolgende Veräußerung (Expropriation),

und:

2) die im Wege der Exekution erfolgende Veräußerung.

Bei der im Staats-Interesse erfolgenden zwangsweisen Veräußerung durch die Staatsgewalt kommt es auf die spezielle veräußerte Sache an; die Veräußerung gilt unbedingt, selbst wenn bezüglich der veräußerten Sache nicht mit der richtigen Person verhandelt sein sollte. Es hat keine Person das Recht, den Akt der Staatsgewalt anzufechten.

Bezüglich der im Wege der Exekution statthabenden Veräußerung ist dagegen die Staatsgewalt nur insofern betheiligt, als sie die fehlende Einwilligung des Schuldners zu ergänzen hat. Es muß daher das Recht, welches dem Schuldner zustand, auf denjenigen übergehen, welchem das Recht im Wege der Exekution übertragen wird. Wenn aber das übertragene Recht dem Schuldner nicht zustand, so darf das Recht des wirklich Berechtigten durch die im Wege der Exekution gegen den Schuldner erfolgte Uebertragung nicht beseitigt werden.

Es ist allerdings anzunehmen, daß, wenn bei einer derartigen unfreiwilligen Veräußerung alle etwaigen Rechte dritter Personen beseitigt werden, es leichter sein wird, das bezügliche Recht möglichst hoch zu verwerthen, als wenn das Recht nur so übergeht,

wie es der Schuldner wirklich besaß, allein es fehlt an einem zureichenden Grunde, wegen des Interesses des Gläubigers und Schuldners ein Recht eines wirklich Berechtigten zu beseitigen.

Es ließe sich daher eine derartige bezügliche Bestimmung nur im Interesse des Erwerbers des Rechts rechtfertigen. Allein der Erwerber ist als redlicher Besitzer hinreichend geschützt.

I. Durch Expropriation.

§. 295.

Wenn eine Sache im Staats-Interesse durch die Staatsgewalt veräußert wird, so kann diese Veräußerung von Niemandem wegen eines vermeintlichen Rechts auf die Sache angefochten werden.

In den Gesetzen wird dieser privatrechtliche Gesichtspunkt in der Regel nicht hervorgehoben, sie erwähnen nur die Fälle, in welchen eine derartige Veräußerung zuläßig ist.

Das Römische Recht sagt:

Cum via publica (vel) fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet. l. 14. §. 1. D. 8. 6.

Das A. L. R. spricht den allgemeinen Grundsatz dahin aus I. 11.:

§. 4. Auch der Staat ist Jemanden zum Verkauf seiner Sache zu zwingen nur alsdann berechtigt, wenn es zum Wohl des gemeinen Wesens nothwendig ist.

Ebenso sagt die Verfassungs-Urkunde:

Das Eigenthum kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohls . . . nach Maaßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden. Art. 8.

Das O. G. B. sagt:

§. 365. Wenn es das allgemeine Beste erheischt, muß ein Mitglied des Staates . . . selbst das vollständige Eigenthum einer Sache abtreten.

Der Code Napoléon:

Art. 545. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique.

Die Gesetzbücher sichern in diesen Fällen Entschädigung zu.

II. Durch Exekution.

§. 296.

Wenn eine zur Vollstreckung der Exekution be-

rechtigte Behörde im Wege gesetzmäßiger Exekutions-vollstreckung gegen einen Schuldner ein ihm zustehendes Recht veräußert, so hat dies dieselbe Wirkung, als wenn der Schuldner selbst die Veräußerung vorgenommen hätte.

Auch in diesem Falle wird dieser privatrechtliche Gesichtspunkt in der Regel von den Gesetzbüchern nicht hervorgehoben.

Das Römische Recht sagt, daß die exequirende Behörde an Stelle des Schuldners veräußert:

in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis. l. 1. C. 8. 23.

cum in causa judicati aliqua res pignori capitur, per officium ejus, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui judicatum fieri postulavit. l. 2. l. c.

Res ob causam judicati (datas) ejus jussu, cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri ac distrahi posse, saepe rescriptum est. l. 1. l. c.

Hiernach ist Verkäufer nicht, wie Koch meint, der Extrahent aus eigenem, jedoch von dem Eigenthümer abgeleiteten Recht (III. 678.), sondern Verkäufer ist der Schuldner, und dessen Einwilligung ergänzt der Richter. Zur Perfizirung des Geschäfts gehört daher wesentlich die Adjudikation (addictio).

Das A. L. R. enthält keine allgemeine Bestimmung über die Wirkung einer im Wege der Exekution erfolgenden Uebertragung eines Rechts. Nur für den Fall der Auktion und Subhastation kommen die bezüglichen Bestimmungen über den Erwerb in öffentlichen Versteigerungen zur Anwendung.

Danach ist:

1) die Vindikation der im Wege der Exekution durch Auktion veräußerten beweglichen Sachen unbedingt ausgeschlossen. §. 42. 1. 15.;
2) bezüglich unbeweglicher Sachen aber wird in der Hypotheken-Ordnung bestimmt II.:

§. 93. Hat er das Gut aus einer nothwendigen Subhastation erstanden, so ist er bei seinem Eigenthum vollkommen sicher, und es soll keinem älteren Anspruche, den irgend Jemand wegen eines vermeintlichen besseren Rechts auf sothanes Eigenthum formiren möchte, das rechtliche Gehör verstattet werden.

Diese Bestimmung ist ganz angemessen, wenn die Subhastation gegen den eingetragenen Eigenthümer gerichtet wird. Denn wer von einem solchen Eigenthümer sein Recht herleitet, ist gegen alle Eigenthumsansprüche gesichert. §. 8. 1. 10. A. L. R.

Jene Bestimmung war daher auch ganz angemessen, weil nach der dem A. L. R. und der Hypotheken-Ordnung zu Grunde liegenden Ansicht nur der eingetragene Eigenthümer als Eigenthümer galt und also auch nur gegen diesen mit Subhastation verfahren werden konnte. §. 7. 1. 10. A. L. R., §. 92. II. Hypotheken-Ordnung.

Wenn daher der §. 12. 1. 52. der A. G. O. den Fall als möglich annimmt:

wenn das ganze Grundstück oder ein Theil desselben evinzirt wird,

so ist damit nicht der Fall gemeint, wenn das nach Lage des Hypothekenbuchs zur Subhastation gestellte Grundstück evinzirt wird, denn ein solcher Fall ist gar nicht möglich, sondern einerseits der Fall, wenn bezüglich des Grundstücks noch kein Folium existirt (vergl. §. 99. 1. 51. A. G. O.), andererseits der Fall, wenn bei der Taxe ein Versehen vorgekommen ist, also ein ganz falsches Grundstück oder nicht zum Grundstück gehörige Theile taxirt worden sind. Eine Abänderung der bestehenden Gesetzgebung hatte man durch §. 12. 1. 52. augenscheinlich nicht beabsichtigt.

Zu einem Aufgebot der Realprätendenten war auch keine Veranlassung vorhanden, sie erfolgte daher auch im Falle einer Subhastation gar nicht. §. 29. 1. 52. A. Ger.-Ordn.

Erst nachdem in Folge des Eindringens romanistischer Ansichten die Nothwendigkeit der Berichtigung des Besitztitels beseitigt worden, und demzufolge eine Subhastation auch gegen den nicht eingetragenen Eigenthümer zuläßig erachtet wurde, lag ein Bedürfniß vor, mit der Subhastation gegen den nicht eingetragenen Eigenthümer eine Präklusion der Realprätendenten zu verbinden, wie die Verordnung vom 4. März 1834 bestimmt.

In Folge dieser Bestimmung erwirbt daher auch gegenwärtig der Ersteher in nothwendiger Subhastation unbedingt Eigenthum, aber im Falle der Subhastation gegen einen nicht eingetragenen Eigenthümer nicht wegen Erwerbes in einer Subhastation, sondern wegen der Präkläsion der Eigenthumsprätendenten.

Ist daher in einem solchen Falle die Präklusion unterblieben, so ist der §. 93. II. der Hyp.-Ordn. nicht anwendbar, weil er auf der Voraussetzung beruht, die Subhastation sei gegen den eingetragenen Besitzer gerichtet. In einem derartigen Falle muß vielmehr der Subhastation für sich allein jede rechtliche Wirkung gegen Dritte abgesprochen werden. Etwaige Eigenthumsprätendenten müssen daher ihre Rechte auch gegen den Ersteher geltend machen dürfen, und sie können ihr Recht erst verlieren, wenn der Ersteher den Besitztitel hat berichtigen lassen, und nun ein Dritter vom eingetragenen Eigenthümer Eigenthum erwirbt.

Das O. G. B. schließt die Eigenthumsklage bezüglich beweg-

licher Sachen, sofern sie in einer öffentlichen Versteigerung erworben worden, aus, also namentlich auch, wenn die Versteigerung im Wege der Exekution veranlaßt wurde. §. 367.

§. 297.

Ein Zuschlag im Wege der Exekution erfolgt auch dann, wenn ein Grundeigenthümer die ihm gesetzlich obliegende Verpflichtung zur Instandhaltung des Grundstücks verabsäumt.

Dem Römischen Recht ist diese Weise des Eigenthumserwerbes unbekannt. Es enthält nur den Grundsatz:

Qui agros domino cessante desertos, vel longe positos, vel in finitimis. ad privatum pariter publicumque compendium excolere festinat: voluntati suae nostrum noverit adesse responsum: ita tamen, ut si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit, ac vetus dominus intra biennium eadem ad jus suum voluerit revocare, restitutus primitus, quae expensa constiterit, facultatem loci proprii consequatur. Nam si biennii fuerit tempus emersum, omnis possessionis et dominii carebit jure, qui siluit. l. 8. C. 11. 58.

Nach dem A. L. R. ist zu unterscheiden:

1) Wenn unbekannt ist, wer Eigenthümer ist, so kann sich der Fiskus in Besitz setzen. §. 8. 2. 16.
2) Wenn der Eigenthümer bekannt, aber:
   a) sein Aufenthalt unbekannt ist, so ist eine Vormundschaft einzuleiten. §. 15. l. c.
   b) ist der Aufenthalt des Eigenthümers bekannt, so kann
      α) der Fiskus den Zuschlag fordern. §§. 13. 14. l. c.
      β) Ausnahmsweise gelten jedoch besondere Bestimmungen:
         αα) zu Gunsten der Kämmerei des Orts, wenn Gebäude in den Städten nicht in baulichem Stande erhalten werden. §§. 36—59. 1. 8.
         ββ) zu Gunsten der Obrigkeit des Orts bei Grundstücken auf dem Lande, die als eigene für sich bestehende Stellen oder Nahrungen in die Steuer- oder Lagerbücher eingetragen sind. §§. 60—64. 1. 8.

Zweiter Titel.

Veränderungen des Rechts aus Gründen des wirklichen Rechts.

Erste Abtheilung.

Veränderungen des Rechts durch Vermittelung des Richters.

I. Durch den Zuschlag der gefundenen beweglichen Sache.

Es liegt im Interesse des Verkehrs, daß keine Sache auf eine dauernde Weise dem Verkehr entzogen bleibe. Eine gefundene Sache, deren Eigenthümer unbekannt ist, ist dem Verkehr entzogen, denn nur der Eigenthümer hat das Recht, darüber zu verfügen, dieser aber ist unbekannt.

Das sachgemäße Mittel, die Sache wieder zum Gegenstand des Verkehrs zu machen ist:

der öffentliche Aufruf des unbekannten Eigenthümers durch den Richter und der Zuschlag an den Finder, im Falle daß der Eigenthümer sich nicht meldet.

Wenn dem Zuschlage nur die Wirkung eines Titels zur Verjährung beigelegt wird, so wird unnöthiger Weise die Sache während der Verjährungszeit dem Verkehr entzogen, und es ist auch im Interesse des Verlierers eine solche Bestimmung überflüssig. Denn wenn der Eigenthümer sich auf den öffentlichen Aufruf nicht meldet, so ist wenigstens in der Regel anzunehmen, daß er auch später sich nicht melden wird.

Das moralisch Prinzip ist dabei in der Weise wirksam, daß nur derjenige Eigenthum erwirbt, welchem der Eigenthümer wirklich unbekannt ist.

§. 298.

Wer eine Sache, deren Eigenthümer ihm unbekannt ist, findet, erwirbt deren Eigenthum durch den Zuschlag Seitens des Richters. Dem Zuschlage muß ein öffentliches Aufgebot des Eigenthümers vorangehen.

Meldet sich der Eigenthümer vor erfolgtem Zu=

schlage, so hat der Finder nur Anspruch auf Finderlohn.

Abgesehen vom thesaurus gab das Finden nach Römischem Recht keinen Anspruch auf Eigenthum. Es heißt:

Jede verlorene Sache (pecunia forte perdita vel, per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata l. 67. D. 6. 1. und quae de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt. §. 48. J. 2. 1.) sowie jede nicht derelinquentis animo l. 43. §. 11. D. 47. 2., sondern in der Absicht, sich die Sache zu erhalten, ut, si salvum fuerit, haberet, aus dem Besitz gelassene Sache, es mag dieselbe verborgen sein, si quis aliquid vel lucri causa vel metus, vel custodiae causa condidit sub terra. l. 31. §. 1. D. 41. 1. oder offen daliegen, hingeworfen sein, alienum quid jacens, jactum ex nave. l. 43. §. 4. §. 11. D. 47. 2., bleibt Eigenthum des bisherigen Eigenthümers, ejus eam esse, cujus fuerat, cujus etiam furtum fit. l. 67. D. 6. 1. l. 31. §. 1. D. 41. 1.

Auch durch Verjährung konnten solche Sachen nicht erworben werden:

usucapi non potest, quoniam non est in derelicto, sed in deperdito. l. 21. §. 1. D. 41. 2.

nemo potest pro derelicto usucapere, qui false, existimaverit, rem pro derelicto habitam esse. l. 6. D. 41. 7.

si quis merces ex nave jactatas invenisset, num ideo usucapere non possit, quia non viderentur derelictae, quaeritur; sed verius est, eum pro derelicto usucapere non posse. l. 7. l. c.

Derartige Sachen blieben also, so lange der Eigenthümer unbekannt blieb, vom Verkehr ausgeschlossen. Denn der Finder hatte kein Recht, darüber zu verfügen.

Das A. L. R. geht zwar auch von dem Grundsatz des strengen Rechts aus 1. 9.:

§. 19. Wer eine verlorne Sache findet, ist dieselbe dem Eigenthümer zurückzugeben schuldig.

§. 17. Wer durch äußere Umstände genöthigt wird, Sachen wider seinen Willen aus seiner Gewahrsam zu lassen, der hat dadurch sich seines Eigenthums noch nicht begeben.

Demnächst aber verordnet es ferner:

§. 20. Ist der Eigenthümer unbekannt, so muß der Finder den Fund der nächsten Obrigkeit anzeigen.

§. 31. Ist binnen 8 Tagen nach der geschehenen Anzeige der Verlierer auf andere Art nicht auszuforschen, so muß derselbe öffentlich vorgeladen, und ein Termin zu seiner Anmeldung bei Verlust seines Rechts bestimmt werden.

§. 43. Hat sich der Verlierer weder vor noch in dem bestimmten Termin gemeldet, so muß der Richter mit dem Zuschlage der Sache verfahren.

Dabei wird auch, weil es sich um einen reinen Glücksfall handelt, die Armenkasse bedacht. §§. 44. 45.

In Folge des Zuschlags wird Eigenthum erworben:

§. 49. Durch den Zuschlag erlangen der Finder und die Armenkasse das Eigenthum der Sache.

Je nach dem Werthe der Sache werden die Fristen und die Weise der Bekanntmachung verschieden bestimmt, und dabei namentlich auch der Fall berücksichtigt:

wenn Vermuthungen vorhanden sind, daß ein fremder Reisender oder Abwesender die Sache verloren habe. §§. 40. 42.

Meldet sich der Eigenthümer rechtzeitig, so erhält der Finder einen Finderlohn. §§. 61—65. 70.

Zu bemerken ist noch:

1) Wesentliche Bedingung des Eigenthumserwerbes ist guter Glauben des Finders, d. h. der Finder muß die Sache wirklich gefunden haben und es muß ihm der Eigenthümer unbekannt sein. Daher wird gesagt:

   §. 22. Der Finder muß bestimmt angeben, wie und wo er zum Besitz der gefundenen Sache gelangt sei.

2) Der Eigenthümer verliert sein Recht, weil er sich auf den öffentlichen Aufruf nicht meldet. Da nun aber der Eigenthümer nicht wissen kann, welche Behörde sein Eigenthum aufrufen wird, und er die Aufrufe aller Behörden nicht füglich erfahren kann, so muß ihm ein Mittel gegeben werden, seinen Willen, sein Eigenthum wieder zu erlangen, zur Kenntniß der aufrufenden Behörde zu bringen. Zweckmäßiger Weise kann dies nur dadurch geschehen:

   daß eine Behörde bestimmt wird, bei welcher jeder Verlust anzumelden ist, und daß dem aufrufenden Richter die Verpflichtung auferlegt wird, vor dem Zuschlage bei dieser Behörde anzufragen, ob der Verlust angezeigt worden ist.

Das A. L. R. sagt:

§. 50. Hat jedoch der Verlierer seinen Verlust mit einer deutlichen Beschreibung der Sache noch vor erfolgtem Zuschlage öffentlich bekannt gemacht, so darf kein Richter derjenigen Provinz, in deren Zeitung diese Bekanntmachung geschehen ist, mit dem Zuschlage einer solchen verlornen Sache verfahren.

§. 52. Hat der Richter den Zuschlag dennoch vorgenommen, so geht das Eigenthum der Sache auf den Finder und die Armenkasse dadurch nicht über.

§. 53. Können jedoch diese nicht überführt werden, von der Anzeige des Verlierers Kenntniß erlangt zu haben, so erlangen

sie durch den richterlichen Zuschlag die Rechte eines vollständigen redlichen Besitzers.

Das Unpraktische dieser Bestimmung liegt darin:

daß dem Richter zugemuthet wird, alle Blätter der Provinz nachzulesen.

Der Vorschlag:

nicht dem Richter, sondern der Polizeibehörde oder Intelligenzexpedition diese Verpflichtung aufzulegen. Bornemann II. 28.

ist ebenso unpraktisch, denn er ändert nicht die Sache, sondern nur die Personen.

Der andere Vorschlag:

Den Richter von der Verpflichtung ganz zu entbinden und Eigenthum nur unter Vorbehalt der Rechte dessen, der seinen Verlust öffentlich bekannt gemacht hat, zuzuschlagen. Bornemann II. 29.

vereitelt den Zweck des Zuschlags, welcher eben dahin geht, dem Finder wirkliches Eigenthum zu geben.

3) Der Zuschlag erfolgt gegen das Prinzip des strengen Rechts im allgemeinen Interesse.

Es dürfte sich deshalb rechtfertigen, bei Sachen von erheblichem Werth den Verlierer, welcher unverschuldeter Weise an der Anmeldung seines Verlustes verhindert wurde, das Recht vorzubehalten, vom neuen Eigenthümer insoweit Ersatz zu fordern, als derselbe durch den Fund bereichert ist.

In diesem Sinne bestimmt das A. L. R.:

§. 56. Beträgt die verlorene Sache Einhundert Thaler oder mehr am Werth, und der Verlierer kann nachweisen, daß er ohne alles sein Verschulden von dem ergangenen Aufgebot Wissenschaft zu erhalten und die §. 50 angegebene Vorsicht zu brauchen verhindert worden, so kann er sich an den Finder und die Armenkasse in soweit halten, als dieselben in dem Besitz eines Vortheils aus dem Zuschlage sich alsdann noch wirklich befinden.

Das O. G. B. spricht zunächst den Grundsatz des strengen Rechts aus:

Daher darf kein Finder eine gefundene Sache für verlassen ansehen und sich dieselbe zueignen. Noch weniger darf sich Jemand des Strandrechtes anmaaßen. §. 388.

Der Finder ist also verbunden, dem vorigen Besitzer die Sache zurückzugeben. §. 389.

Werden vergrabene, eingemauerte oder sonst verborgene Sachen eines unbekannten Eigenthümers entdeckt, . . . so ist ihm die Sache zuzustellen. §§. 395. 396.

Demnächst ordnet es gleich dem A. L. R. an:

Ist ihm der vorige Besitzer nicht bekannt, so muß er den Vorfall der Ortsobrigkeit anzeigen. §. 389.

Die Obrigkeit hat die gemachte Anzeige bekannt zu machen. §. 390.

§. 395. Werden vergrabene, eingemauerte oder sonst verborgene Sachen eines unbekannten Eigenthümers entdeckt, so muß die Anzeige, sowie beim Funde überhaupt, bekannt gemacht werden.

§. 397. In dem Falle, daß sich der Eigenthümer nicht sogleich erkennen läßt, muß die Obrigkeit nach den Vorschriften der §§. 390—392 verfahren.

Die Wirkung des Aufrufs aber bestimmt es dahin:

§. 392. Wird die gefundene Sache innerhalb der Jahresfrist (von der Zeit der vollendeten Kundmachung) von Niemandem mit Recht angesprochen, so erhält der Finder das Recht, die Sache oder den daraus gelösten Werth zu benützen. Meldet sich der vorige Inhaber in der Folge, so muß ihm die Sache oder der gelöste Werth sammt den etwa daraus gezogenen Zinsen zurückgestellt werden.

Erst nach der Verjährungszeit erlangt der Finder, gleich einem redlichen Besitzer, das Eigenthumsrecht.

Diese Bestimmungen sind nicht angemessen. Denn während der Verjährungszeit bleibt die Sache dem freien Verkehr entzogen; namentlich aber ist es inkonsequent, den Finder für einen redlichen Besitzer zu erklären und ihn doch zur Herausgabe der Zinsen zu verpflichten.

Eigenthümlich ist dem O. G. B.:

1) daß es, wenn der Fund weniger als einen Gulden an Werth beträgt, das Finden allein als Rechtsgrund des Eigenthumserwerbes ansieht;
2) daß es, wenn der Fund bis 12 Gulden beträgt, eine Anzeige an die Obrigkeit nicht für nöthig erachtet, sondern nur eine Bekanntmachung durch den Finder. §. 389.

Gegen diese Bestimmungen ist zu bemerken, daß eine Anzeige an die Obrigkeit immer erfolgen muß, schon weil nur von der Obrigkeit festzustellen ist, welchen Werth die Sache hat.

Das Einzige, was zweckmäßiger Weise geschehen kann, ist, daß bei Sachen von geringem Werth ein abgekürztes, wenig kostendes Verfahren eintritt.

3) Die Bekanntmachung soll erfolgen:

ohne die besonderen Merkmale der gefundenen Sache zu berühren. §. 390.

Dadurch aber wird grade der Zweck der Bekanntmachung vereitelt. Denn grade durch Bekanntmachung der besondern Merkmale wird der Verlierer darauf aufmerksam gemacht, daß es sich um seine verlorne Sache handelt. Man beabsichtigt, durch eine solche Bekanntmachung dem Verlierer seine Legitimation zu erleichtern

und angebliche Verlierer auszuschließen. Es dürfte jedoch angemessen sein, es bezüglich der Legitimation bei den allgemeinen Beweisregeln zu lassen.

Für den Fall, daß sich der Eigenthümer rechtszeitig meldet, erhält der Finder einen Finderlohn. §. 391.

Bezüglich verborgener Sachen heißt es:

> §. 396. Wird der Eigenthümer aus den äußerlichen Merkmalen oder andern Umständen entdeckt, so ist ihm die Sache zuzustellen, er muß aber, wenn er nicht beweisen kann, schon ehe Kenntniß davon gehabt zu haben, dem Finder den Finderlohn entrichten.

d. h. er giebt nur Finderlohn, wenn ihm unbekannt war, wo die Sachen verborgen waren, indem entgegengesetzten Falles kein Fund angenommen wird.

Der Code Napoléon verweist bezüglich der Sachen:

> jelés à la mer, que la mer rejette,

sowie wegen der:

> choses perdues

auf lois particulières. Art. 717.

§. 299.

Wenn eine verborgen gewesene Sache gefunden wird und dieselbe nach dem Befund der Obrigkeit bereits vor so langer Zeit verborgen worden ist, daß deren Eigenthümer keinen Falles zu ermitteln ist, so kann die Obrigkeit dem Finder das Eigenthum ohne vorgängiges Aufgebot zuschlagen.

Das Römische Recht sagt:

> thesaurus est velus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat. l. 31. §. 1. D. 41. 1.
>
> condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia. l. un. C. 10. 15.

und es verordnet:

> naturalem aequitatem secutus. §. 39. J. 2. 1.
>
> sic enim fit ejus, qui invenit, quod non alterius sit. l. 31. §. 1. D. 41. 1.

Unvollkommen ist diese Bestimmung deshalb, weil kein Organ bezeichnet wird, welches entscheidet, ob der Schatz schon vor so langer Zeit verborgen wurde, daß kein Eigenthümer mehr zu ermitteln ist. Es kann daher der Finder eine Sache für einen Schatz halten, die es nicht ist; und nur der Erfolg entscheidet, ob die Sache in Wahrheit ein Schatz ist oder nicht. Erscheint nämlich der

wirkliche Eigenthümer, so kann er sein Eigenthum zurückfordern. Erscheint er nicht, so behält der Finder die Sache.

Das A. L. R. bestimmt den Begriff des Schatzes dahin I. 9.:

§. 74. Unter Schätzen werden hier alle Sachen von einigem Werth verstanden, die über oder unter der Erde verborgen liegen, insofern der Eigenthümer derselben unbekannt ist.

Der Ausdruck: „von einigem Werth" ist zu unbestimmt, um angemessener Weise den Begriff des Schatzes zu bestimmen. Zweckmäßig dürfte es sein, irgend einen bestimmten Werth festzusetzen, welcher vorhanden sein muß, damit eine Sache als Schatz gelte. Dies ist deshalb nothwendig, weil der Grundeigenthümer Anspruch auf einen Theil des Werthes hat. Im Uebrigen behandelt das A. L. R. den Schatz bezüglich des Aufgebots nicht anders, wie jede andere gefundene Sache, denn es bestimmt:

§. 75. Wer einen Schatz findet, muß davon der Obrigkeit sofort Anzeige machen.

§. 76. Wegen Ausforschung des Eigenthümers und öffentlicher Vorladung desselben, muß ebenso, wie bei gefundenen Sachen verfahren werden.

Hiernach ist also ein Zuschlag nöthig, jedenfalls aber zweckmäßig.

Nur in einem besondern Falle darf die Vorladung des Eigenthümers unterbleiben.

Es heißt:

§. 79. Es bedarf keines Aufgebots, wenn aus der Beschaffenheit des entdeckten Schatzes selbst sich ergiebt, daß derselbe schon seit einem oder mehreren Jahrhunderten verborgen gewesen sei.

Hierüber befindet der Richter:

§. 80. Doch muß der Richter die Umstände, woraus dies erhellen soll, jedesmal genau prüfen, und wenn es ein Unterrichter ist, von dem Landesjustizkollegio der Provinz Vorbescheidung, ob mit dem Aufgebot verfahren werden soll, oder nicht, einholen.

Der Richter also entscheidet, ob eine vetus depositio, bei der ein Aufruf des Eigenthümers keinen Erfolg haben würde, vorliegt.

Das O. G. B. sagt:

§. 398. Bestehen die entdeckten Sachen in Geld, Schmuck oder andern Kostbarkeiten, die so lange im Verborgenen gelegen haben, daß man ihren vorigen Eigenthümer nicht mehr erfahren kann, dann heißen sie ein Schatz. Die Entdeckung eines Schatzes ist von der Obrigkeit der Landesstelle anzuzeigen.

Der Ausdruck: „Geld, Schmuck oder andere Kostbarkeiten", ist zur Bestimmung des Begriffes „Schatz" zu unbestimmt.

Erachtet die Obrigkeit die gefundene Sache nicht für einen

Schatz, so ist wie bezüglich gefundener Sachen zu verfahren. Erachtet sie ihn für einen Schatz, so bedarf es keines Aufgebots, sondern nur einer Anzeige an die Landesstelle. Es ist also im Wesentlichen dasselbe bestimmt, wie im A. L. R.

Der Code Napoléon folgt dem Römischen Recht. Er sagt:

Art. 716. Le trésor est toute chose cachée ou enfouie, sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété.

macht jedoch den Beisatz:

et qui est découverte par le pur effet du hasard.

Demnächst heißt es:

la propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds etc. etc.

§. 300.

Wer ohne Bewilligung des Grundeigenthümers in dessen Grund und Boden nach einem Schatz sucht, erlangt keinen Anspruch auf den gefundenen Schatz. Wer einen Schatz in fremdem Grund und Boden zufällig findet oder in Folge der mit Bewilligung des Grundeigenthümers unternommenem Nachsuchens, hat Anspruch auf die Hälfte des Schatzes.

Die eine Hälfte des Schatzes fällt immer dem Grundeigenthümer zu.

Das Römische Recht verordnete:

In alienis vero terrulis nemo audeat invitis, immo nec volentibus vel ignorantibus dominis, opes abditas suo nomine perscrutari.

In einem solchen Falle erhielt der Grundeigenthümer den ganzen Schatz:

totum hoc locorum domino reddere compellatur. l. un. C. 10. 15.

und:

quod si forte vel arando, vel alias terram alienam colendo, vel quocunque casu, non studio perscrutandi, in alienis locis thesaurum invenerit, id quod repertum fuerit, dimidia etenta, altera dimidia data, cum locorum domino partiatur. l. c. und §. 39. J. 2. 1.

Das A. L. R. spricht die Hälfte dem Finder, die Hälfte dem Grundeigenthümer zu:

1) wenn Jemand einen Schatz auf fremdem Grunde, jedoch ohne besonderes Nachsuchen gefunden hat. §. 82. 1. 9.

namentlich:

wenn Gesinde oder Arbeitsleute bei ihren gewöhnlichen Verrichtungen einen Schatz entdecken. §. 83.

2) wenn Jemand mit Bewilligung des Eigenthümers auf fremdem Grunde nach einem Schatze gesucht und dergleichen wirklich entdeckt hat. §. 84.

Ist das Nachsuchen ohne Bewilligung des Eigenthümers erfolgt, so tritt der Fiskus in die Rechte des Finders. §. 85.

Das O. G. B. spricht in allen Fällen dem Fiskus ein Drittel zu und verordnet:

Von den zwei übrigen Drittheilen erhält eines der Finder, das andere der Eigenthümer des Grundes. §. 399.

Der Finder verliert seinen Anspruch zu Gunsten des Angebers oder Staates:

wenn er ohne Wissen und Willen des Nutzungseigenthümers den Schatz aufgesucht hat. §. 400.

Der Code Napoléon bestimmt:

si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriètaire du fonds. Art. 716.

Was im Fall des Nachsuchens auf fremdem Grund und Boden Rechtens ist, ist nicht gesagt, jedoch ist der Begriff des Schatzes beschränkt auf den Fall der Entdeckung:

par le pur effet du hasard.

Ist der Finder zugleich Eigenthümer des Grundes und Bodens, so erwirbt er natürlich den Schatz ganz. §. 39. J. 2. 1. A. L. R. §. 81. 1. 9. Code Napoléon. Art. 716., und nach Römischem Recht auch im Falle des Findens auf:

sacro vel religioso loco. §. 39. J. 2. 1.

Aus polizeilichen Gründen ist demnächst das Recht des Finders beschränkt worden. l. un. C. 10. 15. §. 86. 1. 9. A. L. R. §. 400. O. G. B.

II. Durch Präclusion unbekannter Eigenthumsansprüche und Realrechte an Grundstücken.

§. 301.

Durch die nach ergangener Ediktalcitation durch Urtel ausgesprochene Präklusion gehen unbekannte Eigenthumsansprüche und unbekannte Realrechte an Grundstücken verloren.

Es sagt daher das A. L. R. 1. 15.:

§. 54. Der Eigenthümer verliert sein Recht auf eine unbewegliche Sache, wenn er nach gesetzmäßig ergangener Ediktalcitation dasselbe nicht gehörig anmeldet und nachweiset.

Die näheren Bestimmungen enthält die Hypothek.-Ord. II. §. 94, die A. G. O. §. 99 sq. 1. 51. und Verordn. v. 4. März 1834. §. 7 ꝛc. und bezüglich der Präklusion unbekannter Realrechte. §. 94 sq. 101. II. Hypothek.-Ord.

Zweite Abtheilung.

Veränderungen des Rechts ohne Vermittelung des Richters.

Erste Unter-Abtheilung.

In Folge einer durchgreifenden Einwirkung auf die Substanz der Sache.

I. Bezüglich Grundeigenthums. Durch Umwandlung von Sacheigenthum in Grundeigenthum.

Wenn Sacheigenthum in einer solchen Weise mit Grundeigenthum vereinigt wird, daß die Sache, in einen Bestandtheil des Grundes und Bodens umgewandelt, nicht mehr als besondere Sache erkennbar bleibt, z. B. durch Düngung des Grundes und Bodens, so hört die Sache auf, als solche zu existiren, und kann deshalb nicht vindicirt werden, sondern an Stelle des Restitutionsanspruches tritt der Anspruch auf Ersatz und Entschädigung. Von einem Eigenthumsübergang kann daher in einem solchen Falle eigentlich nicht gesprochen werden.

Wenn dagegen die mit dem Grund und Boden verbundene Sache als solche erkennbar bleibt, so findet nach strengem Recht kein Eigenthumsübergang statt, sondern die Sache kann vindicirt werden.

Im wirklichen Recht gelten andere Grundsätze.

Es liegt im Interesse der bürgerlichen Gesellschaft, daß der Grund und Boden kultivirt werde, denn dadurch wird der Werth desselben erhöht, also der Nationalreichthum vermehrt. Die Kultivirung des Grundes und Bodens erfolgt durch Anpflanzung und Errichtung von Bauwerken. Es liegt daher im Interesse der bürgerlichen Gesellschaft, Anpflanzungen und Bauwerke zu erhalten. Dies wird dadurch erreicht, daß die Vindikation der zur Anpflanzung und zur Errichtung von Bauwerken verwandten Substanzen und Materialien ausgeschlossen wird, und also ein Eigenthumsübergang

statt hat, sei es nun der Substanzen und Materialien auf den Grundeigenthümer, oder des Grundes und Bodens an den Bauenden oder Anpflanzenden; und zwar vornämlich Ersteres, weil der Grund und Boden als die Hauptsache angesehen wird.

Das Recht des Grundeigenthümers und das Interesse, die Kultur des Bodens, das Bauwerk zu erhalten, ist so überwiegend, daß das moralische Prinzip nur in untergeordneter Weise Berücksichtigung finden kann.

Es ist nämlich nicht wirksam oder wenigstens nur ausnahmsweise, soweit es sich um den Eigenthumserwerb handelt, sondern nur bezüglich der entstehenden Ersatz- und Entschädigungsansprüche.

A. Vermittelst Anpflanzens.

§. 302.

Der Grundeigenthümer wird Eigenthümer des in den Grund und Boden eingesäeten Samens und der eingepflanzten Pflanzen, sobald sie Wurzeln getrieben haben.

1) Wenn das Einsäen oder Einpflanzen ohne seine Zustimmung geschehen ist, so kann er fordern, daß der Säende oder Pflanzende die Nutzung des Gesäeten oder Gepflanzten übernehme.
2) Auch hat er das Recht, über die Nutzung des Grundes und Bodens anderweit zu verfügen, und der Säende und Pflanzende hat dann nur das Recht, die Einsaat oder Anpflanzung zurückzunehmen, soweit dies ohne Beschädigung des Grundes und Bodens geschehen kann.

Die Römischen Juristen sagen von der Eigenthumserwerbung durch Einsäen und Einpflanzen, sie folge aus dem:

> jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit,

und sei vetustius als das jus civile. §. 11. J. 2. 1.

Der Grundeigenthümer wurde unbedingt Eigenthümer der Pflanzen:

> rationem enim non permittere, ut alterius arbor intelligatur, quam cujus fundo radices egisset. l. 7. §. 13. D. 41. 1.

frumenta, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur. l. 9. pr. l. c.

Daher heißt es:

omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur. l. 25. pr. D. 22. 1.

in percipiendis fructibus magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, aspicitur. l. 25. §. 1. l. c.

und:

nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. l. 9. §. 2. D. 39. 2.

Es war dabei gleichgültig, ob der Grundeigenthümer oder ein Dritter die Einsaat, die Anpflanzung vornahm:

nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes, et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret. l. 25. §. 1. D. 22. 1.

si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit; ex diverso si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit, si modo utroque casu radices egerit; antequam enim radices ageret, illius permanet, cujus et fuit; adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur. l. 7. §. 13. D. 41. 1. §. 31. J. 2. 1.

Das Eigenthum wurde unbedingt erworben, daher heißt es:

arbor radicitus eruta, et in alio posita, priusquam coaluerit, prioris domini est; ubi coaluit, agro cedit; et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur; nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam. l. 26. §. 2. D. 41. 1.

Jedoch scheint auch eine abweichende Meinung bestanden zu haben. Denn Ulpian sagt:

de arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant; nam si nondum coaluit, mea esse non desinet. l. 5. §. 3. D. 6. 1.

Unter der utilis in rem actio kann nämlich nur eine utilis rei vindicatio gemeint sein. Diese ließ man vielleicht zu, si arbor rursus eruta sit.

Daß der Eigenthümer das Recht hatte, die Pflanzung zu vernichten, folgte aus seinem Eigenthumsrecht. Daß in einem solchen Falle der Eigenthümer der Pflanzen das Recht gehabt habe, die Pflanzen zurückzunehmen, wird nicht gesagt.

Das A. L. R. sagt zunächst 1. 9.:

§. 275. Das Eigenthum des Samens oder der Pflanzen,

womit fremder Grund und Boden bestellt worden, fällt, sobald ersterer ausgesäet ist und letztere Wurzeln getrieben haben, demjenigen anheim, welchem das Nutzungsrecht des Bodens zukommt.

Die Fassung dieses Paragraphen ist nicht ganz richtig. Der Nutzungsberechtigte erwirbt nicht immer das Eigenthum der Pflanzen, sondern nur so weit, als während seines Nutzungsrecht die Nutzungen der Sache auf ihn übergehen.

Der eigentliche Sinn des Paragraphen ist:

Der Nutzungsberechtigte erwirbt an der von einem Dritten vorgenommenen Aussaat, Anpflanzung eben das Recht, welches er erwirbt, wenn er selbst die Aussaat, Anpflanzung vornimmt.

Demnächst aber unterscheidet das A. L. R.:

1) Der Grundeigenthümer (resp. Nutzungsberechtigte) säet fremden Samen oder pflanzt fremde Pflanzen.

In diesem Falle bleibt es bei der Bestimmung des §. 275.

2) Ein Dritter säet oder pflanzt auf fremdem Grund und Boden.

Der Grundeigenthümer hat das Recht,

a) die Früchte zu genießen. §. 276.
b) oder die Früchte des Gesäeten oder Gepflanzten dem Säenden oder Pflanzenden zu überlassen. §. 281.
c) und:

§. 279. Will der Nutzungsberechtigte von der Bestellung keine Früchte ziehen, sondern den Boden anders nutzen, so kann ihm dergleichen Verfügung nicht gewehrt werden.

§. 280. Alsdann kann der Säende oder Pflanzende bloß den Samen oder die Pflanzen, soweit es ohne Beschädigung des Grundstücks möglich ist, zurücknehmen.

Das O. G. B. sagt:

...wenn ein Feld mit fremdem Samen besäet oder mit fremden Pflanzen besetzt worden ist. Ein solcher Zuwachs gehört dem Eigenthümer des Grundes, wenn anders die Pflanzen schon Wurzel geschlagen haben. §. 420.

Der Code Napoléon unterscheidet:

1) Le propriétaire du sol, qui a fait des plantations. Art. 554. In diesem Fall bleibt er Eigenthümer, le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever. Art. 554.
2) Lorsque les plantations ont été faits par un tiers ... le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever. Art. 555.

jedoch mit der Beschränkung:

Néanmoins, si les plantations ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire

ne pourra demander la suppression des dits plantations. Art. 555.

Dem redlichen Besitzer gegenüber kann also die Wegschaffung der Anpflanzung nicht gefordert werden.

§. 303.

Wenn nicht zur gewöhnlichen Nutzung des Grundes und Bodens bestimmter Samen oder Pflanzen in fremden Grund und Boden eingesäet oder eingepflanzt worden, so hat der Eigenthümer des Samens, der Pflanzen, sowie der Säende und Pflanzende das Recht, den Samen und die Pflanzen zurückzufordern, sofern ihm keine Unredlichkeit zur Last fällt und er den Eigenthümer des Grundes und Bodens bezüglich aller etwaigen Ansprüche entschädigt.

Die Gesetze haben nur den Fall im Auge, wenn es sich um gewöhnliche wirthschaftliche Nutzung des Grundes und Bodens handelt.

Es kann aber auch eine Einsaat oder Anpflanzung statthaben, ohne daß es sich um die gewöhnliche Nutzung des Grundes und Bodens handelt.

Dies ist anzunehmen, wenn Samen gesäet oder Pflanzen gepflanzt werden, nicht um den Boden zu nutzen, sondern um irgend einen andern Zweck zu erreichen, z. B. bei Parkanlagen, um einen besonders ausgezeichneten Baum an einen bestimmten Ort stehen zu haben, oder überhaupt, um bestimmte nicht gewöhnliche Pflanzen zu erzeugen.

Wollte man für solche ungewöhnliche Fälle die gewöhnlichen Grundsätze anwenden, so würde dadurch das praktische Bedürfniß nicht befriedigt werden. Der Eigenthümer der Pflanze würde durch Entschädigung verletzt werden, denn es ist ihm nicht um Geld, sondern um den Besitz einer bestimmten Pflanze zu thun, und auch der Grundeigenthümer würde nicht befriedigt, denn ihm ist es um Nutzung des Grundes und Bodens, nicht um die bestimmte Pflanze zu thun, er könnte also wesentlich beeinträchtigt werden, wenn er deren Werth ersetzen müßte.

Das Angemessenste dürfte daher sein in derartigen ungewöhnlichen Fällen, d. h. also:

wenn nicht zur gewöhnlichen Nutzung des Bodens bestimmter Samen oder Pflanzen eingesäet oder gepflanzt werden,

dem Eigenthümer des Samens, der Pflanze und dem Säen-

den oder Pflanzenden das Recht vorzubehalten, den Samen, die Pflanze zu vindiziren, natürlich gegen Entschädigung des Grundeigenthümers, sofern die Sache dazu angethan ist. Auch würde dies Recht auf den Fall zu beschränken sein, wenn der Eigenthümer des Samens, der Pflanzen oder der Säende, Pflanzende sich in gutem Glauben befindet.

§. 304.

Die gegenseitigen Ersatz- und Entschädigungsansprüche sind nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen.

Die Gesetzbücher enthalten spezielle Bestimmungen bezüglich des zu leistenden Ersatzes und der zu gewährenden Entschädigung.

Das Römische Recht gab demjenigen,

qui in alienum fundum sua impensa consevit,

die exceptio doli. l. 9. pr. D. 41. 1.
also demjenigen,

qui bona fida consevit. §. 32. J. 2. 1.

sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bonae fide possessore facti . . . exceptione doli opposita per officium judicis aequitatis ratione servantur. l. 48. D. 6. 1.

Dagegen hatte derjenige keinen Anspruch, welcher wissentlich in fremden Boden säete:

scienti, alienum solum esse, potest objici culpa. §. 30. J. 2. 1.

nam si scit, culpa ei objici potest, quod temere aedificavit (resp. sevit) in eo solo, quod intelligeret alienum. l. 7. §. 12. D. 41. 1.

Wenn das Eigenthum des Samens, der Pflanzen dadurch entzogen ward, daß der Grundeigenthümer oder ein Dritter säete oder pflanzte, so war mit den gewöhnlichen Klagen zu klagen.

Das A. L. R. enthält unnöthiger Weise mehrere spezielle Bestimmungen, nämlich:

1) Wenn das Grundstück selbst von dem Säenden oder Pflanzenden redlicher Weise besessen worden, so kommen die Grundsätze vom redlichen Besitz zur Anwendung. §. 282. 1. 9.

Man muß diese Bestimmung auch dahin anwenden, daß wenn das Grundstück unredlich besessen ist, die Grundsätze vom unredlichen Besitz in Anwendung kommen.

2) Wenn ein solcher Fall nicht vorliegt so wird unterschieden:

a) Der Grundeigenthümer säet oder pflanzt. Er muß unbedingt:

allemal den höchsten Preis, sowie er zur Zeit der Bemächtigung des Samens oder der Pflanzen gestanden hat, vergüten. §. 283.

Hat er betrüglich gehandelt,

so ist er dem Eigenthümer des Samens oder der Pflanzen auch allen Vortheil, welcher demselben bei dieser Gelegenheit entgangen ist, zu erstatten verbunden. §. 284.

b) Ein Dritter hat gesäet oder gepflanzt.

α) Will der Nutzungsberechtigte die Früchte genießen,

so muß er dem Andern den Werth des Samens oder der Pflanzen nebst den Bestellungskosten vergüten. §. 276.

§. 277. Ist die Bestellung redlicher Weise geschehen, so müssen dem Besteller alle erweislich verwendeten Kosten erstattet werden.

§. 238. Hat aber derselbe sich der Bestellung eines fremden Ackers unredlicher Weise angemaaßt, so kann er den Ersatz der Kosten nur soweit fordern, als dieselben nach der in jeder Provinz oder Gegend gewöhnlichen Art des Betriebes wirthschaftlich verwendet worden.

β) Will der Nutzungsberechtigte des Bodens die Früchte des Gesäeten oder Gepflanzten dem Säenden oder Pflanzenden überlassen,

so muß Letzterer dagegen dem Ersteren für die entzogene Nutzung des Bodens nach Verhältniß des Grades seiner Verschuldung gerecht werden. §. 281.

Diese speziellen Bestimmungen sind unnöthig und, soweit sie den allgemeinen Grundsätzen widersprechen, unrichtig.

Das O. G. B. verweist §. 420. auf die Grundsätze beim Bau auf fremdem Boden. Danach muß:

1) wer fremden Samen und fremde Pflanzen in seinen Boden verwendet und zwar:

a) redlicher Weise:

den gemeinen Preis;

b) unredlicher Weise:

den höchsten Preis und allen anderweiten Schaden ersetzen. §. 417.

2) Wer auf fremdem Boden säet oder pflanzt und zwar:

a) redlicher Weise:

erhält die nothwendigen und nützlichen Kosten;

b) unredlicher Weise:

gleich einem Geschäftsführer ohne Auftrag. §. 418.

Der Code Napoléon bestimmt:

1) für den Fall, wenn der propriétaire du sol a fait des plantations:

il doit en payer la valeur; il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu. Art. 554.

2) für den Fall, lorsque les plantations ont été faits par un tiers avec ses materiaux:

a) si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations:

elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui: il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé la propriétaire du fonds.

b) si le propriétaire préfère conserver ces plantations:

il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'oeuvre, sans égard a la plus ou moins grand augmentation de valeur que le fonds a pu reçevoir.

und in dem Falle:

si les plantations ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi — il aura le choix ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'oeuvre, ou de rembourser une somme égale a celle dont le fonds a augmenté la valeur. Art. 555.

B. Vermittelst Bauens.

§. 305.

Der Grundeigenthümer wird Eigenthümer der zur Errichtung von Bauwerken auf seinem Grund und Boden verwendeten Materialien.

a) Wenn ohne Vorwissen des Grundeigenthümers ein Gebäude auf seinem Grund und Boden

errichtet wird, so hat er auch das Recht, das Gebäude mit dem Grund und Boden dem Bauenden zu überlassen oder Wegschaffung des Gebäudes auf Kosten des Bauenden zu verlangen.

b) Hat der Grundeigenthümer den Bau wissentlich ohne sofortigen Widerspruch zugelassen, so muß er dem Bauenden den Grund und Boden abtreten.

Das Römische Recht erwähnt:

1) den Fall des Verbauens fremden Materials.

Schon die zwölf Tafeln bestimmten:

ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet per actionem, quae vocatur de tigno juncto. §. 29. J. 2. 1. l. 1. pr. D. 47. 3.

Man ging dabei von der Betrachtung aus:

quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur. eod. l. c.

quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. §. 29. J. 2. 1.

Die Interpretation wandte diese Bestimmung an auf:

omne genus materiae, ex qua aedificia constant. l. 7. pr. D. 10. 4. l. 62. D. 50. 16. l. 1. §. 1. D. 47. 3.

und es wurde speziell erörtert, inwieweit die einzelnen Bestandtheile des Gebäudes unter jenem Ausdruck zu verstehen. l. c.

Das Verbauen hatte jedoch nicht die Wirkung, Eigenthum zu übertragen, sondern es wurde nur vorläufig die Vindikation ausgeschlossen.

Daher heißt es:

Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuerat, desinit dominus ejus esse. §. 29. J. 2. 1.

und:

Caementa autem resoluta prior dominus vindicabit. l. 23. §. 7. D. 6. 1.

quae alienis aedificiis connexa essent, ea quamdiu juncta manerent, eorundem aedificiorum esse, simulatque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti. l. 59 l. c.

Nur so lange das Material mit dem Gebäude verbunden blieb, konnte keine Klage auf Herausgabe angestellt werden:

lex duodecim tabularum neque solvere permittit

lignum furtivum, aedibus vel vineis junctum, neque vindicare; sed in eum, qui convictus est junxisse, in duplum dat actionem. l. 1. pr. D. 47. 3.

tignum alienum aedibus junctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi. l. 23. §. 6. D. 6. 1. §. 29. J. 2. 1.

nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret. l. 6. D. 10. 4.

Es wird zwar hinzugefügt:

nisi adversus eum, qui sciens alienum junxit aedibus. l. 23. §. 6. D. 6. 1.

allein damit ist nicht gemeint, daß der Balken herausgenommen werden soll, sondern nur, daß mit der actio ad exhibendum das Interesse zu fordern ist:

sed et ad exhibendum danda est actio; nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitque; non enim sic eum convenimus, quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quominus possideat. l. 1. §. 2. D. 47. 3.

Inwiefern durch Zahlung des duplum die Eigenthumsklage gänzlich beseitigt wurde und also Eigenthum überging, ist nicht deutlich gesagt. Es heißt nur:

Sed si proponas, tigni furtivi nomine aedibus juncti actum, deliberari poterit, an extrinsecus sit rei vindicatio; et esse non dubito. l. 2. l. c.

Soweit es sich also um einen tignum furtivum handelte, wurde die Eigenthumsklage durch die actio de tigno juncto nicht beseitigt. Ob aber in den übrigen Fällen, ist nicht gesagt. Nur in dem vorstehend angegebenen Sinne also ist der Satz zu verstehen:

Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse dominus intelligitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit. §. 29. J. 2. 1.

2) Im entgegengesetzten Falle, nämlich im Falle des Bauens auf fremdem Grund und Boden:

ex diverso si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit,

wird gesagt:

illius fit domus, cujus et solum est. §. 30. l. c.

In diesem Falle fand ein wirklicher Eigenthumsübergang der Materie auf den Grundeigenthümer statt:

si donandi animo aedificia alieno solo imposita sint. l. 2. C. 3. 32.

War das nicht der Fall, so galt der Grundsatz:

Sed et id, quod in solo tuo inaedificatum est, quod in eadem causa manet, jure ad te pertinet.

Si vero fuerit dissolutum, materia ejus ad pristinum dominum redit: sive bona fide sive mala aedificium exstructum sit. eod. l. c.

Nach den Digesten ist dagegen anzunehmen:

et si scit, alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur; itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio ejus materiae competit. l. 7. §. 12. D. 41. 1.

Sed hoc casu materiae dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus alienata intelligitur, utique si non ignorabat, se in alieno solo aedificare: et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. §. 30. J. 2. 1.

Wer dagegen bona fide gebaut hatte, verlor in Folge des Baues nicht das Eigenthum der Materie, sondern erst in Folge der ihm geleisteten Entschädigung.

Das A. L. R. läßt das Eigenthum des Materials in Folge des Baues übergehen.

Es verordnet:

1) für den Fall des Verbauens fremden Materials 1. 9.:

§. 334. Hat Jemand fremde Materialien auf seinem eigenen Grund und Boden ohne Vorwissen des Eigenthümers verbaut, so kann letzterer weder die einmal verbauten Materialien zurückfordern, noch das Eigenthum des Gebäudes verlangen.

2) Für den Fall des Bauens auf fremdem Grund und Boden wird zunächst der Fall ausgeschieden:

wenn der Besitzer eines ganzen Guts Gebäude darauf errichtet. §. 333.

und demnächst verordnet:

§. 327. Hat Jemand ein für sich selbst bestehendes Gebäude auf fremdem Grund und Boden:

a) ohne Vorwissen des Grundeigenthümers errichtet, so hängt es von dem Grundeigenthümer ab,

α) das Gebäude zu erhalten und sich dasselbe entweder selbst zuzueignen oder es mit dem dazu gehörenden Grund und Boden dem Bauenden zu überlassen;

β) oder dessen Wegschaffung und Abbrechung auf Kosten des Bauenden zu verlangen. §§. 328—331.

b) §. 332. Hat der Eigenthümer des Grund und Bodens um den Bau gewußt, und nicht sogleich, als er davon Nachricht erhalten, der Fortsetzung desselben auf

eine solche Art, daß es zur Wissenschaft des Bauenden gelangt ist, widersprochen, so muß er mit der bloßen Entschädigung für Grund und Boden sich begnügen.

3) Hat Jemand fremde Materialien auf fremdem Grund und Boden ohne Vorwissen beider Eigenthümer verbaut, so ist die Frage über das Eigenthum zwischen ihm und dem Grundeigenthümer nach obigen Grundsätzen zu entscheiden. §. 336.

Das O. G. B. sagt:

1) Wenn Jemand auf eigenem Boden ein Gebäude aufführt und fremde Materialien dazu verwendet hat, so bleibt das Gebäude sein Eigenthum. §. 417.

und zwar in dem Sinne, daß der Grundeigenthümer Eigenthümer des Materials wird.

2) Hat im entgegengesetzten Falle Jemand mit eigenen Materialien:
   a) ohne Wissen und Willen des Eigenthümers auf fremdem Grunde gebauet, so fällt das Gebäude dem Grundeigenthümer zu.

auch mit der Wirkung, daß derselbe Eigenthümer des Materials wird.

   b) Hat der Eigenthümer des Grundes die Bauführung gewußt und sie nicht sogleich dem redlichen Bauführer untersagt, so kann er nur den gemeinen Werth für den Grund fordern. §. 418.

3) Ist das Gebäude auf fremdem Grunde und aus fremden Materialien entstanden, so wächst auch in diesem Falle das Eigenthum desselben dem Grundeigenthümer zu. §. 419.

Der Code Napoléon sagt:

1) Le propriétaire du sol qui a fait des constructions et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, doit en payer la valeur; mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever. Art. 554.

Der Grundeigenthümer erwirbt also das Eigenthum der Materialien.

2) Lorsque les construction set ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit,
   a) ou de les retenir,
   b) ou d'obliger ce tiers à les enlever . . aux frais de celui, qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui.

Doch fällt das Recht, d'obliger ce tiers à les enlever weg, si les constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi. Art. 555.

§. 306.

Wenn Materialien, welche üblicher Weise zu Bauwerken nicht verwendet werden, verbaut worden sind, so hat der Eigenthümer der Materialien das Recht, die Materialien zurückzufordern, sofern ihm keine Unredlichkeit zur Last fällt und er den Eigenthümer des Gebäudes bezüglich aller etwaigen Ansprüche entschädigt.

Dieser Grundsatz entspricht dem Grundsatz des §. 303.

Wollte man für einen solchen ungewöhnlichen Fall, z. B. wenn eine kostbare Statue zum Bau verwendet worden ist, es bei dem gewöhnlichen Grundsatze belassen, so läge darin eine Verletzung des Eigenthümers der Statue, dem es um die bestimmte individuelle Sache zu thun ist, nicht um deren Werth, und zugleich eine Verletzung des Eigenthümers des Bauwerks, wenn er nicht den Werth des Baumaterials, sondern der Statue vergüten müßte.

§. 307.

Die gegenseitigen Ersatz- und Entschädigungsansprüche sind nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen.

Im Römischen Recht ging:

1) im Falle des Verbauens fremden Materials die actio de tigno juncto auf das duplum und die actio ad exhibendum gegen den,

   qui sciens alienum junxit aedibus. l. 23. §. 6. D. 6. 1.

   auf das Interesse.

2) Im Falle des Bauens auf fremdem Grund und Boden hatte der, welcher als Besitzer des Grundes und Bodens baute:

   eo tempore, quo jam sciebam alienam,

   nur das Recht,

   ut sine dispendio domini areae tollat aedificium, quod posuit. l. 37. D. 6. 1.

Dagegen hatte er keinen Anspruch auf Ersatz oder Entschädigung:

nam si scit, culpa ei objici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intelligeret alienum. Si scit, alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur. l. 7. §. 12. D. 41. 1. §. 30. J. 2. 1.

Wer bona fide baute, konnte mit der exceptio doli Ersatz fordern. §. 289.

Das A. L. R. enthält mehrere spezielle Bestimmungen:

1) für den Fall des Verbauens fremden Materials 1. 9.:

§. 335. Er muß aber von dem Bauenden nach Maßgabe der demselben zur Last fallenden Verschuldung für den Verlust seiner Materialien entschädigt werden.

2) für den Fall des Bauens auf fremdem Boden:

a) Wählt der Eigenthümer die Wegschaffung,

so muß das Abbrechen und Wegräumen auf Kosten des Bauenden erfolgen, und dieser haftet noch außerdem, nach dem Grade seiner Verschuldung, dem Eigenthümer für den erlittenen Schaden und entgangenen Gewinn.

b) Will der Grundeigenthümer das Gebäude erhalten,

so muß er dem Bauenden die verwendeten Baukosten, soweit sie den Werth des Gebäudes nach der Schätzung der Sachverständigen nicht übersteigen, erstatten.

c) Will der Grundeigenthümer das Gebäude dem Bauenden überlassen,

so muß dieser ihm den Werth des Grundes und Bodens vergüten und noch außerdem denjenigen Schaden erstatten, welchen der Eigenthümer durch Verengung des nöthigen Platzes oder sonst nach seiner Lage und seinem Gewerbe erweislich leidet.

d) Muß er den Grund und Boden abtreten,

so muß er mit der bloßen Entschädigung für Grund und Boden sich begnügen. §§. 328—332.

3) für den Fall des Bauens mit fremdem Material auf fremdem Boden:

Dem Eigenthümer der Materialien muß der Bauende nach Maßgabe der ihm zur Last fallenden Verschuldung gerecht werden. §§. 335. 337.

Der Eigenthümer der Materialien kann wegen seiner von dem Bauenden zu erhaltenden Entschädigung an das, was der Grundeigenthümer dem Bauenden etwa noch zu leisten hat, sich vorzüglich halten. §. 339.

Das O. G. B. verordnet:

1) für den Fall des Verbauens fremden Materials:

ein redlicher Bauführer muß die Materialien nach gemeinem,

ein unredlicher aber muß sie nach dem höchsten Preise und überdies noch allen anderweiten Schaden ersetzen. §. 417.

2) Wenn Jemand auf fremden Grund und Boden baut, so kann:

a) der redliche Bauführer den Ersatz der nothwendigen und nützlichen Kosten fordern;
b) der unredliche wird gleich einem Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt;
c) wenn der Grundeigenthümer den Grund und Boden abtreten muß, so kann er nur den gemeinen Werth für den Grund und Boden fordern. §. 418.

3) Wenn Jemand mit fremdem Material auf fremdem Boden bauet,

so muß er dem vorigen Eigenthümer der Materialien, nach Beschaffenheit seiner redlichen oder unredlichen Absicht, den gemeinen oder den höchsten Werth ersetzen. §. 419.

Im Code Napoléon finden im Falle der constructions und ouvrages dieselben Regeln Anwendung, wie im Falle der plantations.

II. Bezüglich Sacheigenthums durch Veränderung einer Sache.

Durch Veränderung einer fremden Sache, sie geschehe durch Vereinigung derselben mit einer eigenen Sache oder durch Umformung derselben, kann nach Grundsätzen des strengen Rechts Niemand Eigenthum erwerben, vielmehr nur Ansprüche gegen sich erzeugen.

Das wirkliche Recht geht von anderen Grundsätzen aus.

Der Werth der Sachen für den bürgerlichen Verkehr besteht darin, daß sie für das Bedürfniß brauchbar gemacht, geformt werden. Es liegt daher im Interesse des Verkehrs, eine brauchbare Sache in brauchbarem Zustande zu erhalten. Es wird deshalb dem Eigenthümer das Recht genommen, die Wiederherstellung der Sache in ihren früheren Zustand zu fordern. Er muß die Sache in dem veränderten Zustande belassen.

Im Falle der Vereinigung seiner Sache mit einer fremden Sache muß er entweder die neue Sache übernehmen und dem Eigenthümer der fremden Sache für den Verlust seines Eigenthums Ersatz leisten, oder er muß das Eigenthum der neuen Sache dem andern gegen Ersatz resp. Entschädigung überlassen.

Hat namentlich der Andere die Vereinigung in gutem Glauben vorgenommen, und sein verwendetes Eigenthum erscheint als die Hauptsache, so wird derselbe Eigenthümer der neuen Sache gegen Entschädigung des Eigenthümers der Nebensache. Hat Jemand eine fremde Sache in gutem Glauben umgeformt, so wird er Eigenthümer der umgeformten Sache gegen Entschädigung des gewesenen Eigenthümers. Nahm er die Umformung in bösem Glauben vor, so hat der Eigenthümer der Sache zu wählen: ob er die umgeformte Sache gegen Ersatz des Werth der Verbesse-

rung behalten, oder gegen Entschädigung die umgeformte Sache dem Andern überlassen will.

A. Durch Verbindung von Sachen verschiedener Eigenthümer.

§. 308.

1) Wer wissentlich fremden Stoff mit eigenem Stoff auf eine solche Weise vereinigt, daß eine Absonderung nicht möglich ist, muß nach der Wahl des Andern demselben das Eigenthum der Sache überlassen oder das Eigenthum der Sache übernehmen.

2) Hat er die Vereinigung in gutem Glauben vorgenommen, so wird der Eigenthümer der Hauptsache Eigenthümer der Sache, jedoch hat derjenige, über dessen Eigenthum ohne seine Zustimmung verfügt wurde, das Recht, das Eigenthum der neuen Sache abzulehnen.

a) Welche Sache als Hauptsache anzusehen, darüber entscheidet die Beschaffenheit des neuen Ganzen oder, sofern hiernach keine Entscheidung zu treffen ist, der Werth der verwendeten Stoffe.

b) Kann keine Sache als die Hauptsache angesehen werden, so hat derjenige, über dessen Stoff ohne seine Zustimmung verfügt wurde, die Rechte des Eigenthümers der Hauptsache.

Im Römischen Recht hatte bona oder mala fides bei Vereinigung der Stoffe keinen Einfluß auf den Eigenthumsübergang.

Es wurden dagegen unterschieden:

1) diejenigen Fälle, in welchen kein Eigenthumsübergang statt hatte, nämlich:

   a) Wenn die Vereinigung nur in einer solchen Vermischung bestand, daß jeder Stoff unverändert blieb, so fand kein Eigenthumsübergang statt:

      at in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli

homines, singulae oves; ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse. l. 23. §. 5. D. 6. 1.

Dahin wurde auch der Fall gerechnet:

si frumentum Titii tuo frumento mixtum fuerit . . . si Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant. §. 28. J. 2. 1.

b) wenn gleichartige Sachen vermischt wurden, so wurde das Ganze nach Verhältniß der Antheile gemeinschaftliches Eigenthum:

Pomponius scribit, si quid, quod ejusdem naturae est, ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum; utputa meum et tuum argentum in massam redactum est, erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus. l. 3. §. 2. D. 6. 1.

2) Ein Eigenthumsübergang hatte dagegen statt:

a) Wenn Sachen verschiedener Art zu einem neuen untrennbaren Ganzen vereinigt wurden, so wurde derjenige Eigenthümer, welcher die Vereinigung vornahm:

quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestitit. §. 25. J. 2. 1.

Welche Sache die werthvollere war, war gleichgültig:

Si tamen alienam purpuram quis suo vestimento, intexuerit licet pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento. §. 26. J. 2. 1.

Wenn dagegen aus der Vereinigung der Stoffe nicht ein neues Ganzes (species) entstand, so blieb der Eigenthümer der unveränderten Sache Eigenthümer derselben:

si meam lanam feceris purpuram, nihilominus meam esse Labeo ait, quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut coenum cecidisset, atque ita pristinum colorem perdidisset. l. 26. §. 3. D. 41. 1.

Dahin wurde auch der Fall gerechnet:

Literae quoque, licet aureae sint, chartis membranisque cedunt. l. 9. §. 1. l. c.

id, quod in charta mea scribitur, statim meum fit. l. 23. §. 3. D. 6. 1.

Dagegen galt bezüglich der Gemälde der entgegengesetzte Grundsatz:

ex diverso placuit, tabulas picturae cedere. l. 9. §. 2. D. 41. 1.

Doch wurde auch die entgegengesetzte Meinung aufgestellt:

id, quod in tabula pingitur, statim meum fit, licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae; sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. l. 23. §. 3. D. 6. 1.

b) Wenn einem Ganzen eine Sache als Theil auf eine dauernde Weise verbunden wurde, so wurde der Eigenthümer des Ganzen auch Eigenthümer des Theils:

si quis rei suae alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adjecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum ejus totius rei effici, vereque statuam suam dicturum et scyphum, plerique recte dicunt. l. 23. §. 2. l. c.

quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniet. Nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur. l. 23. §. 5. l. c.

Es wurde jedoch dabei die Art und Weise der Verbindung unterschieden:

Item quaecunque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur: scilicet, excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi, et quod semel alienum (factum) sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. eod. l. c.

gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest. l. 6. D. 10. 4.

Idem (teneberis ad exhibendum) si armario vel navi tabulam meam, vel ansam scypho junxeris, vel embl-

mata phialae, vel purpuram vestimento intexeris, aut brachium statuae coadunaveris. l. 7. §. 2. l. c.

Das A. L. R. sagt I. 9.:

§. 298. Hat Jemand fremde Sachen ohne Wissen und Willen des Eigenthümers mit der seinigen verbunden, vermengt oder vermischt, so müssen auf seine Kosten beiderlei Sachen wiederum abgesondert und in den vorigen Stand gesetzt werden.

§. 299. Kann die Absonderung nicht mehr erfolgen, so muß der, welcher einer solchen Verfügung über fremde Sachen betrüglicher Weise und in der Absicht, seinen Vortheil mit dem Schaden eines Andern zu befördern, sich angemaßt hat, das Eigenthum des Ganzen dem Andern überlassen.

Der Andere hat aber auch das Recht:

das Ganze nicht zu behalten. §. 302.

§. 307. Hat Jemand ohne kunst- oder handwerksmäßige Verarbeitung fremde Materialien mit den seinigen, jedoch nicht betrüglicher Weise, verbunden, vermengt oder vermischt, so muß untersucht werden, welchem von beiden an dem Werthe des nunmehrigen Ganzen nach Verhältniß seiner beigetragenen Materialien der beträchtlichste Antheil zukomme.

§. 308. Hat der, über dessen Sache solchergestalt ohne sein Zuthun verfügt worden, den beträchtlichsten Antheil, so steht ihm die Wahl frei, ob er das nunmehrige Ganze behalten oder dasselbe dem Andern überlassen wolle.

§. 312. Hat in dem §. 307. gesetzten Falle der Verfügende den beträchtlichsten Antheil an dem nunmehrigen Ganzen, so verbleibt ihm das Ganze.

§. 314. Bleibt es in dem §. 307. gesetzten Falle zweifelhaft, welchem von beiden Interessenten der größere Antheil an dem nunmehrigen Ganzen zukommt, so gebühret demjenigen, über dessen Sache solchergestalt ohne sein Zuthun verfügt worden, die Wahl nach den §§. 308 — 311. festgesetzten Bestimmungen.

Demnächst enthält das A. L. R. noch Bestimmungen für den Fall:

wenn Jemand Materialien verschiedener Eigenthümer ohne deren Zuthun verbunden, vermengt oder vermischt hat. §. 315. ff.

Das O. G. B. sagt:

Wer fremde Sachen mit den seinigen vereinigt, vermengt oder vermischt, erhält dadurch noch keinen Anspruch auf das fremde Eigenthum. §. 414.

Können vereinigte vermengte oder vermischte Sachen wieder abgesondert werden, so wird einem jeden Eigenthümer das Seinige zurückgestellt.

Ist die Absonderung nicht möglich, so wird die Sache den Theilnehmern gemein, doch steht demjenigen, mit dessen Sache der Andere durch Verschulden die Vereinigung vorgenommen hat, die Wahl frei, ob er den ganzen Gegenstand gegen Ersatz der Verbesserung behalten oder ihn dem Andern ebenfalls gegen Vergütung überlassen wolle. §. 415.

Kann aber keinem Theile ein Verschulden beigemessen werden, so bleibt dem, dessen Antheil mehr werth ist, die Auswahl vorbehalten. l. c.

Werden fremde Materialien nur zur Ausbesserung einer Sache verwendet, so fällt die fremde Sache dem Eigenthümer der Hauptsache zu. §. 416.

Der Code Napoléon nimmt beim Eigenthumserwerb keine Rücksicht auf guten oder bösen Glauben und eröffnet die bezüglichen Bestimmungen mit dem Satze:

Art. 565. Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle.

Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières.

Demnächst stellt es folgende Grundsätze auf, indem es die Art und Weise der Verbindung unterscheidet:

1) Art. 573. Lorsqu'une chose a été formée par le mélange de plusieurs matières appartenant à différents propriétaires, mais dont aucune ne peut être regardée comme la matière principale;

von diesem Falle wird gesagt:

a) si les matières peuvent être séparées, celui à l'insu duquel les matières ont été mélangées peut en demander la division.

b) si les matières ne peuvent plus être séparées sans inconvénient, ils en acquierent en commun la propriété, dans la proportion de la quantité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux.

Von dieser Regel wird jedoch eine ganz unbestimmte Ausnahme gemacht:

Art. 574. Si la matière appartenant à l'un des propriétaires était de beaucoup supérieure à l'autre par la quantité et le prix, en ce cas le propriétaire de la matière supérieure en valeur pourrait réclamer la

chose provenue du mélange, en remboursant à l'autre la valeur de sa matière.

2) Art. 572. Lorsqu'une personne a employé en partie la matière qui lui appartenait, et en partie celle qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une espèce nouvelle, sans que ni l'une ni l'autre des deux matières soient entièrement detruites, mais de manière qu'elles ne puissent pas se séparer sans inconvénient, la chose est commune aux deux propriétaires, en raison, quant à l'un, de la matière qui lui appartenait; quant à l'autre, en raison à la fois de la matière qui lui appartenait, et du prix de sa main-d'oeuvre.

3) Endlich wird der Fall erörtert, wenn eine der Sachen als die Hauptsache erscheint:

Art. 566. Lorsque deux choses appartenant à différens maîtres, qui ont été unies de manière à former un tout, sont néanmoins séparables, en sorte que l'une puisse subsister sans l'autre, le tout appartient au maître de la chose qui forme la partie principale, à la charge de payer à l'autre la valeur de la chose qui a été unie.

Art. 567. Est réputée partie principale celle à laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément de la première.

Dabei wird jedoch wieder eine sehr unbestimmte Ausnahme gemacht:

Art. 568. Néanmoins, quand la chose unie est beaucoup plus précieuse que la chose principale, et quand elle a été employée à l'insu du propriétaire, celui-ci peut demander que la chose unie soit separée pour lui être rendue, même quand il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe.

Ferner wird bestimmt:

Art. 569. Si de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut point être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volume, si les valeurs sont à peu près égales.

Bei der Unbestimmtheit der vorstehenden Regeln hängen die Betheiligten von der willkürlichen Ansicht des Richters ab.

B. Durch Umformung einer Sache.

§. 309.

1) Wer wissentlich einen fremden Stoff umformt, muß dem Eigenthümer desselben nach dessen Wahl das Eigenthum der neuen Sache überlassen oder für den Verlust des Stoffes Ersatz und Entschädigung leisten.
2) Hat er die Umformung in gutem Glauben vorgenommen, so wird er Eigenthümer der umgeformten Sache.

Im Römischen Recht heißt es:

Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiae dominus fuerit.

Et post multam Sabinianorum et Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia existimantium:

si ea species ad priorem et rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit,

si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. §. 25. J. 2. 1.

Soweit also der frühere Stoff wiederhergestellt werden konnte, fand kein Eigenthumsübergang statt, daher heißt es:

vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci. eod. l. c.

und:

ex argento subrepto pocula facta condici posse. l. 13. D. 13. 1.

Nur soweit eine Wiederherstellung nicht möglich war, ging das Eigenthum über. Daher heißt es:

vinum autem vel oleum ad uvas vel olivas reverti non potest, at ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. l. 25. J. 2. 1.

Inwieweit zum Erwerb bona fides erforderlich war, ist nicht deutlich.

Bezüglich dessen, welcher wissentlich eine fremde Sache umformt, heißt es:

Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis

oleum, vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur;

aber ob dies eine Folge der mala fides war, wird nicht gesagt, es wird vielmehr der Grund angegeben:

quia quod ex re nostra fit, nostrum esse, verius est. l. 12. §. 3. D. 10. 4.

Wenn nicht eine Umformung der Sache vorlag, sondern nur eine Absonderung einer bereits geformten Sache, so wurde nicht Eigenthum erworben:

Videntur tamen recte quidam dixisse, non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum ejus sit, cujus et spicae fuerunt; cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit. l. 7. §. 7. D. 41. 1.

Es ist daher unrichtig als ein Fall der specificatio angegeben:

frumentum ad spicas reverti non potest. §. 25. J. 2. 1.

Nicht ausdrücklich entschieden ist der Fall, wenn ein geformter Körper umgeformt wurde. Jedenfalls hatte der Eigenthümer das Recht, anstatt der umgeformten Sache Ersatz oder Entschädigung zu fordern:

res abesse videntur etiam hae, quarum corpus manet, forma mutata est; et ideo si corruptae redditae sint, vel transfiguratae, videri abesse: quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re. l. 13. §. 1. D. 50. 16.

Das A. L. R. sagt 1. 9.:

Sind fremde Materialien ohne Wissen und Willen ihres Eigenthümers verarbeitet worden, so muß der, welcher einer solchen Verfügung über fremde Sachen betrüglicher Weise und in der Absicht, seinen Vortheil mit dem Schaden eines Andern zu befördern, sich angemaßt hat, das Eigenthum des Ganzen dem Andern überlassen. §. 299.

Der Andere hat aber auch das Recht, die neue Sache abzulehnen. §. 302.

§. 304. Hat Jemand ohne Betrug fremde Materialien dergestalt verarbeitet, daß dieselben dadurch ihre bisherige Form verloren und eine neue Gestalt angenommen haben, so verbleibt die daraus entstandene neue Sache dem Verarbeitenden.

Ob also die Sache in ihre frühere Beschaffenheit zurückversetzt werden kann, ist gleichgültig.

Das O. G. B. dagegen sagt:

Wer fremde Sachen verarbeitet, erhält dadurch noch keinen Anspruch auf das fremde Eigenthum. §. 414.

Können dergleichen verarbeitete Sachen in ihren vorigen Stand zurückgebracht werden, so wird einem jeden Eigenthümer das Seinige zurückgestellet. Ist die Zurücksetzung in den vorigen Stand nicht möglich, so wird die Sache den Theilnehmern gemein. §. 415.

Es ist dabei vornämlich an den Fall der Vereinigung verschiedener Sachen gedacht.

Die fernere Bestimmung wegen der Wahl, die Sache zu behalten oder dem Andern zu überlassen, bezieht sich den Worten nach nur auf den Fall der Vereinigung, also nicht der specificatio.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 570. Si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée, en remboursant le prix de la main-d'oeuvre.

In der Regel wird also durch Umformung nicht Eigenthum erworben. Es wird jedoch eine sehr unbestimmte Ausnahme gemacht:

Art. 571. Si cependant la main-d'oeuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, l'industrie serait alors reputée la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit de retenir la chose travaillée, en remboursant le prix de la matière au propriétaire.

Diese Bestimmung ist in abstracto richtig, aber wegen ihrer Unbestimmtheit eignet sie sich nicht in ein Gesetzbuch. Denn die Interessenten werden nicht nach bestimmtem Gesetz, sondern nach der Ansicht des Richters beurtheilt.

C. Ersatz- und Entschädigungsansprüche wegen Verbindung und Umformung von Sacheigenthum.

§. 310.

Im Falle der Vereinigung und Umformung sind die Ersatz- und Entschädigungsansprüche nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen.

Im Römischen Recht galt im Falle der Vereinigung der Grundsatz:

In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium ejus, quod accesserit, dare. l. 23. §. 4. D. 6. 1.

Unde si a domino tabulae imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali submoveri. § 34. J. 2. 1.

Ebenso konnte der Eigenthümer der Sache, welchem dieselbe entzogen wurde, die gewöhnlichen Klagen des Eigenthümers einer Sache anstellen:

Si alienam purpuram vestimento suo quis intexuerit . . et qui dominus fuit purpurae, adversus eum, qui subripuit, habet furti actionem et condictionem, sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius. §. 26. l. c.

Illud enim palam est, quod, sive is, qui pinxit, subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio. §. 34. l. c.

nach dem Grundsatz:

extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et quibusque aliis possessoribus possunt. §. 26. l. c.

Derjenige, welcher in die Sache, die er zurückgeben mußte, von seinem Eigenthum etwas verwendet hatte, wurde nach denselben Grundsätzen behandelt, wie der Besitzer gegenüber dem Eigenthümer:

sed si a Titio petas tuos libros tuasve membranas, nec impensas scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali; utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est. §. 33. l. c.

si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli; utique si bona fide possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. §. 34. l. c.

In den Fällen, wo durch die Umformung Eigenthum nicht verloren wurde, kamen die Grundsätze von Erstattung der impensae in Anwendung. Daher hatte der Dieb niemals Anspruch auf Ersatz seiner Arbeit, vielmehr kam die Verbesserung der Sache dem Eigenthümer zu Statten:

ex argento subrepto pocula facta . . . in condictione poculorum etiam caelaturae aestimatio fiet, quae impensa furis facta est. l. 13. D. 13. 1.

Dem unredlichen Besitzer aber stand der Satz entgegen:

praedo de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. l. 38. D. 5. 3.

Der redliche Besitzer hatte die exceptio doli. l. 27. §. 5. D. 6. 1.

Das A. L. R. enthält mehrfache Bestimmungen, welche zum Theil von den allgemeinen Grundsätzen abweichen.

1) Wenn die Vereinigung oder Verarbeitung betrüglich erfolgte und:

a) der Eigenthümer die Sache behält:

§. 300. Dieser ist alsdann das Arbeitslohn oder den Werth der dem Verfügenden zugestandenen verbundenen, vermengten oder vermischten Sache nur nach dem niedrigsten durch Sachverständige bestimmten Satze zu vergüten schuldig.

§. 301. Auch diese Vergütung wird dem Betrüger zur Strafe durch den Fiskus entriffen.

b) Wenn der Eigenthümer sein Eigenthum aufgiebt,

so muß ihm der Andere den höchsten Werth seiner Sache, sowie derselbe zwischen dem Zeitpunkte der widerrechtlichen Anmaaßung und der zugestellten Klage gewesen ist, erstatten. §. 302.

§. 303. Kann derjenige, über dessen Sache solchergestalt verfügt worden, noch außerdem einen ihm dadurch entstandenen Schaden oder entgangenen Gewinn nachweisen, so muß ihm auch dieser nach den Grundsätzen des sechsten Titels vergütet werden.

2) Wenn die Verarbeitung oder Vereinigung nicht betrüglich erfolgte und:

a) der Eigenthümer sein Eigenthum verliert oder aufgiebt,

so muß der Verfügende dem Eigenthümer der Materie nach dessen eigener Wahl entweder ebensoviel Materialien von gleicher Art und Güte zurückgeben oder den Werth der Materialien nach dem höchsten Preise zur Zeit der Verarbeitung ersetzen. §§. 305. 309.

§. 306. Ueberdies muß er nach Maaßgabe des Grades seiner Verschuldung dem Eigenthümer der Materie für den durch die eigenmächtige Verarbeitung (resp. Vereinigung) erlittenen Schaden und entgangenen Gewinn gerecht werden. (§. 309.)

b) Wenn im Falle der Vereinigung der Eigenthümer das Ganze behält,

so muß er dem Verfügenden seinen Beitrag an Materialien nach dem zur Zeit der Verfügung gestandenen gemeinen Werthe vergüten. §. 310.

§: 311. Uebersteigt dieser Werth den Werth der Verbesserung, welcher bei der Sache durch die Ver=

fügung entstanden ist, so muß der Verfügende mit Vergütung der letzteren sich begnügen.

Das O. G. B. sagt:

1) für den Fall, daß einem Jeden sein Eigenthum zurückgestellt wird:

es wird demjenigen Schadloshaltung geleistet, dem sie gebührt. §. 415.

2) wenn ein Eigenthumsübergang Statt hat, so findet:

Ersatz der Verbesserungen oder Vergütung Statt.

Der schuldtragende Theilnehmer wird nach Beschaffenheit seiner redlichen oder unredlichen Absicht behandelt. §. 415.

nach Beschaffenheit seines redlichen oder unredlichen Verfahrens. §. 416.

Der Code Napoléon enthält nur die unbestimmten Ausdrücke:

à la charge de payer à l'autre la valeur de la chose qui a été unie. Art. 566.

en remboursant le prix de la main-d'oeuvre. Art. 570.

en remboursant le prix de la matière au propriétaire. Art. 571.

en remboursant à l'autre la valeur de sa matière. Art. 574.

und demnächst:

Art. 576. Dans tous les cas où le propriétaire, dont la matière a été employée à son insu à former une chose d'une autre espèce, peut réclamer la propriété de cette chose, il a le choix de demander la restitution de sa matière en même nature, quantité, poids, mesure et bonté, ou sa valeur.

Art. 577. Ceux qui auront employé des matières appartenant à d'autres, et à leur insu, pourront aussi être condamnés à des dommages et intérêts, s'il ya lieu, sans préjudice des poursuites par voie extraordinaire, si le cas y échet.

D. Eigenthum an Geld.

Nach Grundsätzen des strengen Rechts kann der Eigenthümer einer Sache, also auch der Eigenthümer eines Geldstückes, sein Eigenthum nicht deshalb verlieren, weil ein Anderer den Besitz davon erlangt.

Es kann zwar vorkommen, daß der Eigenthümer sein Eigenthumsrecht nicht geltend machen kann, weil er außer Stande ist, ein Merkmal anzugeben, woran erkannt werden kann, daß die Sache, welche er als die seinige in Anspruch nimmt, wirklich die seinige

ist, allein es ist dies eben eine thatsächliche Unmöglichkeit, sein Eigenthum zu erweisen.

Im wirklichen Recht hat sich jedoch bezüglich des Geldes eine eigenthümliche Auffassungsweise herausgebildet.

Außer ihrer individuellen Bestimmtheit, wodurch sich eine jede Sache von der andern unterscheidet, hat eine jede Sache auch eine Bestimmtheit, wodurch sie allen übrigen Sachen vergleichbar ist. Dies der Werth der Sache.

Nach dieser Bestimmtheit unterscheiden sich alle Sachen nur quantitativ von einander.

Da aber der Werth der Sachen ein quantitativ verschiedener ist, und auch nicht immer derjenige, welcher eine bestimmte Sache erwerben will, eine solche Sache veräußern kann, die der Andere, welcher jene Sache besitzt, erwerben mag, so befriedigt der einfache Tausch das Bedürfniß des praktischen Verkehrs nicht. Der bürgerliche Verkehr erfordert ein Mittel, jede Art von Tausch möglich zu machen. Dies Mittel ist das Geld.

Einerseits kann durch das Geld jeder beliebige Werth dargestellt werden, das Geld dient also dazu, etwaige Werthsunterschiede auszugleichen; andererseits aber repräsentirt das Geld einen bestimmten Werth und hat deshalb für einen Jeden denselben Werth. Es kann deshalb als allgemeines Mittel des Tausches benutzt werden.

Diese Eigenthümlichkeit des Geldes hat zur Folge, daß im bürgerlichen Verkehr das einzelne Geldstück nicht nach seiner individuellen Beschaffenheit, sondern nur nach seinem Werthe in Betracht kommt.

Alle Geldstücke von gleicher Art und gleichem Werth gelten als einander gleich, ununterschieden von einander.

In Folge dieser Eigenthümlichkeit des Geldes wird das Verhältniß des Eigenthümers zum einzelnen Geldstück ein wesentlich anderes, wie das Verhältniß des Eigenthümers zu jeder andern Sache.

Es wird auch in dieser Beziehung die individuelle Beschaffenheit des einzelnen Geldstückes nicht beachtet. Es wird deshalb dem Eigenthümer eines Geldstückes das Recht abgesprochen, sein Eigenthum durch Angabe eines Merkmals an dem Geldstück darzuthun, selbst in dem Falle, wenn ihm dies möglich ist. Es entsteht also eine juridische Unzulässigkeit, das einzelne Geldstück in gewöhnlicher Weise zu vindiziren.

Eine Folge davon ist:

> daß der jedesmalige Besitzer eines Geldstückes als Eigenthümer desselben gilt,

weil Niemand das Recht hat, das einzelne Geldstück zu vindiziren.

In Folge der Wirksamkeit des moralischen Prinzips wird jedoch dies Recht nur dem Besitzer in gutem Glauben gegeben.

Gegen den Besitzer in bösem Glauben behält auch der Eigenthümer eines Geldstücks alle Rechte des Eigenthümers, namentlich also auch das Recht der Vindikation.

§. 311.

Wer ein Geldstück in gutem Glauben besitzt, ist Eigenthümer desselben.

Im Römischen Recht findet sich zwar die richtige Auffassung der eigentlichen Bedeutung des Geldes:

quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. l. 1. pr. D. 18.1.

und es wird auch gesagt:

eaque materia forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia (d. h. der individuellen Beschaffenheit) praebet, quam ex quantitate (d. h. dem Werth). eod. l. c.

allein bezüglich des Verhältnisses des Eigenthümers zum einzelnen Geldstück ist man nicht so weit gegangen, den redlichen Besitzer als Eigenthümer zu erachten.

Es wird vielmehr zunächst das einzelne Geldstück jeder andern Sache gleichgestellt und daher gesagt:

vindicari nummi possunt, si extant. l. 11 §. 2. D. 12. 1.

und auch der Satz:

si mixti essent, ita ut discerni non possent, ejus fieri, qui accepit. l. 78. D. 46. 3.

enthält keine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen der Vindikation, sondern ist nur eine Konsequenz des allgemeinen Satzes:

si in rem aliquis agat, debet designare rem. l. 6. D. 6. 1.

In gewisser Weise galten jedoch auch im Römischen Recht eigenthümliche Grundsätze bezüglich der Vindikation des Geldes.

Es wird vielfach der Fall erörtert, welche Wirkung es hat, wenn Jemand credendi oder solvendi animo fremdes Geld zahlt, oder ein solcher zahlt oder einem solchen gezahlt wird, welcher Eigenthum nicht veräußern oder nicht erwerben kann.

In einem solchen Falle galt als Regel der Grundsatz:

nummi manent ejus, cujus fuerunt. l. 78. D. 46. 3.
nummos accipientis non facit. l. 13. pr. D. 12. 1.

Außerdem gilt aber auch der Grundsatz:

consumptio sine dolo malo, bona fide, resp. in rem versio bewirkt den Eigenthumsübergang. l. 9. §. 2. D. 26. 8. l. 11. §. 2. l. 12. 13. pr. §. 1. l. 14. l. 19. §. 1. D. 12. 1. l. 56. §. 2. D. 46. 1. l. 94. §. 2. D. 46. 3. l. 14. D. 44. 7. l. 26. §. 9. D. 12. 6. l. 9. §. 1. D. 14. 6.

Unter consumptio, in rem versio aber hat man vornämlich Verausgabung des Geldes zu verstehen. Denn das Geld, obwohl zu den Sachen, welche usu consumuntur, gerechnet, pflegt durch den usus nicht zerstört zu werden, sondern der usus besteht wesentlich in der Verausgabung. Demzufolge ist anzunehmen:

Geld kann zwar immer vom ersten widerrechtlichen Empfänger vindizirt werden, wenn aber dieser es in gutem Glauben ausgiebt, so findet keine Vindikation gegen den weitern Empfänger statt.

In diesem Sinne ist die Stelle aufzufassen:

quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum (sc: a pupillo) acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea (d. h. nicht insofern dieser Dritte es konsumirt, sondern weil die Verausgabung als consumptio gilt) et ipse pupillo obligatur, vel eum a se liberabit, et eum, cui dederit, obligatum habebit, vel se ab eo liberabit. l. 19. §. 1. D. 12. 1.

Es hat also der Pupill keinen Anspruch gegen den dritten Empfänger, sondern durch die Verausgabung erwirbt er einen persönlichen Anspruch (condictio) gegen den ersten Empfänger, und dieser gegen den zweiten, weil ein Eigenthumsübergang statt hatte.

Das A. L. R. sagt 1. 15.:

§. 45. Baares coursirendes Geld (und auf jeden Inhaber lautende Papiere und Urkunden, so lange dieselben nicht außer Cours gesetzt sind) kann gegen einen redlichen Besitzer (also gegen einen Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben) nicht zurückgefordert werden, wenn selbiges auch noch unvermischt und unversehrt in dem Beutel oder anderem Behältnisse, in welchem es vorhin gewesen ist, gefunden werden sollte.

Bezüglich des unredlichen Besitzers macht das A. L. R. keine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen der Vindikation, die Vindikation ist also in gleicher Weise zulässig, wie bezüglich jeder andern Sache. Koch I. 501. und Bornemann II. 257 meinen daher mit Unrecht:

das einzelne Geldstück könne nur vindizirt werden, wenn es abgesondert geblieben ist.

Die §§. 72. 73. 1. 16. handeln gar nicht vom Recht der Vindikation, sondern ganz allgemein von Entschädigung, also auch von

dem persönlichen Anspruch auf Entschädigung und §. 662. I. 11. spricht vielmehr gradezu von der Rückgabe des beim Empfänger:

noch vorhandenen Geldes,

also nicht bloß des:

noch unabgesondert vorhandenen Geldes

und §. 297. I. 50. A. G. O. sagt ganz allgemein:

Wegen solcher Gelder, die auf irgend eine andere Art, ohne weder deponirt noch kreditirt zu sein, in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gekommen sind und darin zur Zeit der Concurseröffnung noch vorhanden sind, hat es bei den Vorschriften des A. L. R. sein Bewenden. (Th. I. Tit. 15. §§. 45—53.)

Dagegen enthält das A. L. R. noch folgende Bestimmung I. 15.:

§. 46. Hat jedoch der gegenwärtige Besitzer des Geldes, welches unter obigen Umständen noch von allem anderen Gelde mit Gewißheit unterschieden werden kann, dasselbe unentgeltlich überkommen, so muß er es dem Eigenthümer herausgeben.

Der Grund zu dieser Bestimmung liegt wahrscheinlich darin, weil Jeder, welcher eine fremde Sache unentgeltlich empfängt, zu deren unentgeltlicher Herausgabe verpflichtet ist, und weil man annahm, der Beschenkte würde sich sonst mit dem Schaden des Eigenthümers bereichern.

Allein es ist dabei übersehen,

1) daß sich Geld eben von jeder andern Sache dadurch unterscheidet, daß jede andere Sache gegen jeden Besitzer vindizirt werden kann, Geld aber eben gegen den redlichen Besitzer nicht.
2) Auch der Grund, daß sich sonst der Besitzer des Geldes mit dem Schaden des Eigenthümers bereichern würde, trifft nicht zu.

Bezüglich belohnender Schenkungen und bezüglich der Zuwendungen von Todes wegen, die zum Theil als Pflichterfüllung, zum Theil zur Belohnung vorgenommen werden, ergiebt sich dies von selbst. Aber auch bezüglich eigentlicher Schenkungen folgt aus dem Umstande, daß das Geld sich noch unversehrt beim Empfänger vorfindet, keineswegs, daß er sich noch im Zustande einer Bereicherung befindet. Er kann mit Rücksicht auf das empfangene Geld anderes Geld ausgegeben, verschenkt oder Verbindlichkeiten eingegangen haben, die er nicht eingegangen hätte, wenn ihm das Geld nicht geschenkt worden wäre. Er kann also durch Rückgabe des Geldes einen wesentlichen Schaden erleiden. Die Rückgabe aber von dem Umstande abhängig zu machen:

je nachdem der Empfänger Schaden leiden würde oder nicht,

widerspricht den Grundsätzen der Vindikation. Es dürfte daher angemessen sein:

den unentgeltlichen Empfänger des Geldes in gleicher Weise zu behandeln, wie den entgeltlichen,

und also im Falle des redlichen Empfanges dem Eigenthümer nur seinen persönlichen Anspruch vorzubehalten.

Das O. G. B. enthält zwar im Wesentlichen den richtigen Grundsatz, doch tritt er nicht klar hervor, weil die thatsächliche Unmöglichkeit, Eigenthum zu erweisen und die rechtliche Unzulässigkeit der Vindikation des Geldes nicht von einander unterschieden werden.

Lediglich vom ersteren Gesichtspunkt aus wird verordnet:

§. 370. Wer eine bewegliche Sache gerichtlich zurückfordert, muß sie durch Merkmale beschreiben, wodurch sie von allen ähnlichen Sachen gleicher Gattung ausgezeichnet wird.

Auch der Anfang des folgenden Paragraphen ist nur eine Konsequenz dieses Satzes:

§. 371. Sachen, die sich auf diese Art nicht unterscheiden lassen, wie baares Geld mit anderem baaren Gelde vermengt, oder auf den Ueberbringer lautende Schuldbriefe, sind also in der Regel kein Gegenstand der Eigenthumsklage, wenn nicht solche Umstände eintreten, aus denen der Kläger sein Eigenthumsrecht beweisen kann.

Der weitere Zusatz:

und aus denen der Geklagte wissen mußte, daß er die Sache sich zuzuwenden nicht berechtigt sei,

ist dagegen eine Folge der rechtlichen Unzulässigkeit der Vindikation des Geldes gegen den redlichen Empfänger.

Nur bezüglich des Geldes ist der Satz richtig:

Wenngleich der Eigenthümer sein Eigenthum nachweisen kann, so hat er doch kein Recht, es vom redlichen Erwerber zu vindiziren.

Dabei aber ist es unerheblich, ob das Geld vermengt ist oder nicht.

Bezüglich aller anderen Sachen aber ist jener Satz unrichtig, denn wer sein Eigenthum erweisen kann, dem ist sein Eigenthum zu restituiren; ob der Empfänger sich in gutem oder bösem Glauben befand, hat nur Einfluß auf die Gegenansprüche.

Der Code Napoléon folgt, abgesehen von den eigenthümlichen Bestimmungen bezüglich der Vindikation aller beweglichen Sachen, also auch des Geldes, dem Römischen Recht. Er sagt:

Art. 1238. Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner.

Néanmoins le paiement d'une somme enargent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de

bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire, ou qui n'était pas capable de l'aliéner.

Es enthält jedoch diese Bestimmung theilweise Abweichungen vom Römischen Recht.

1) Das Römische Recht sagt, durch Konsumption fremden Geldes wird Eigenthum des Geldes erworben, sowohl wenn das Geld solvendi als wenn es credendi causa gegeben ward. Deshalb wird der erste Empfänger des fremden Geldes durch die Konsumption entweder liberirt oder persönlicher Schuldner.

Der Code Napoléon dagegen erwähnt:

a) nur den Fall der Zahlung fremden Geldes an einen Gläubiger, also nicht den Fall, wenn fremdes Geld credendi causa gegeben wird, wenigstens ist vornämlich nur an ersteren Fall gedacht.

b) Der Code Napoléon sagt, das Geld könne vom Gläubiger, qui l'a consommé de bonne foi, nicht zurückgefordert werden.

Die Konsumption des Geldes besteht aber wesentlich in dessen Verausgabung, anderweiter wirklicher Verbrauch, wodurch das einzelne Geldstück aufhört, als solches zu existiren, ist seltener. Daß aber verausgabtes Geld von dem Empfänger nicht vindizirt werden kann, versteht sich von selbst, die Vindikation könnte nur gegen den weiteren Empfänger gerichtet werden. Das Römische Recht sagt daher von einem derartigen Falle, der Gläubiger werde in Folge der Konsumption Eigenthümer und deshalb der zahlende Schuldner liberirt, resp. im Falle der Zahlung credendi causa, es entstehe ein Schuldverhältniß zwischen dem Zahlenden und dem Empfänger des Geldes.

2) Das Römische Recht spricht von Zahlung fremden Geldes. Der Code Napoléon stellt dem Gelde jede andere Sache gleich, qui se consomme par l'usage.

Diese Gleichstellung ist jedoch nicht angemessen.

Andere Sachen, qui se consomment par l'usage, werden gewöhnlicher Weise wirklich verbraucht, d. h. es wird die einzelne Sache ihrer Substanz nach verzehrt, vernichtet, umgewandelt. In einem solchen Falle findet deshalb keine Rückforderung statt, weil die Sache aufgehört hat zu existiren.

Wenn aber dergleichen Sachen nur verausgabt werden, so fällt zwar die Vindikation gegen den ersten Empfänger fort, dagegen fehlt es an einem Grunde, wegen der Verausgabung allein die Vindikation gegen den weiteren Empfänger auszuschließen. Es ist vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen, ob und wieweit gegen ihn die Vindikation zulässig ist.

Schließlich ist zu bemerken, daß die hier erörterte Eigenthum-

lichkeit des Geldes nicht zu verwechseln ist mit der bei Rechtsgeschäften vorkommenden Fungibilität der Sachen.

Ob bei Rechtsgeschäften Sachen als individuell oder generell bestimmte (fungible) gelten, darüber entscheidet die Natur des Geschäfts, namentlich bei Verträgen die Verabredung der Kontrahenten.

Was dagegen das Verhältniß des Eigenthümers zu seiner Sache anbelangt, so befindet sich jede Sache als individuell bestimmte im Eigenthum (als diese spezielle Sache. Gans, System des Römischen Civilrechts S. 200.), d. h. der Eigenthümer kann jede ihm gehörige Sache vindiziren, und nur thatsächlich stellt sich die Sache in dem Falle anders, wenn der Eigenthümer sein Eigenthum deshalb nicht erweisen kann, weil die Sache von Sachen gleicher Art nicht unterschieden werden kann.

Das Geld dagegen ist in dem Sinne nur als generell bestimmte Sache im Eigenthum, daß die Vindikation für unzulässig erklärt wird, selbst wenn das einzelne Geldstück von allen übrigen Geldstücken unterschieden werden kann.

Gans (System des Civilrechts S. 201.) sagt daher mit Unrecht:

> Alle vertretbaren Dinge, am meisten Geld, sind allgemeine Sachen,

in dem Sinne:

> daß sie schon durch ihr Vorhandensein das Eigenthum dessen, bei dem sie vorhanden sind (des Besitzers), bezeichnen.

Zweite Unter-Abtheilung.

In Folge der Umwandlung eines dauerndern thatsächlichen Zustandes in einen rechtlichen durch Verjährung.

I. Allgemeiner Gesichtspunkt.

A. Begriff der Verjährung.

Verjährung in einem allgemeinen Sinne ist Veränderung eines zwischen bestimmten Personen bestehenden Rechtsverhältnisses, welche in Folge der während einer gesetzlich bestimmten Zeit unterbleibenden Ausübung der durch das Rechtsverhältniß begründeten Rechte eintritt.

Es fallen daher nicht unter den Begriff der Verjährung:

1) Veränderungen des geltenden Rechts; denn sie treten nicht ein in Folge der unterbleibenden Ausübung der aus einem Rechtsverhältniß zwischen bestimmten Personen entspringenden Rechte;
2) Veränderungen der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person; denn sie treten ein, abgesehen von den Rechtsverhältnissen, in welchen die Person steht;
3) Veränderungen eines Rechtsverhältnisses in Folge der natürlichen, im Verlauf der Zeit eintretenden Veränderung der

Sachen, oder in Folge besonderer thatsächlicher oder rechtlicher Umstände; denn die Veränderung erfolgt nicht ausschließlich wegen unterbleibender Ausübung des Rechts;

4) Veränderungen eines Rechtsverhältnisses in Folge einer durch den Inhalt des Rechtsverhältnisses gesetzten Frist; denn die Veränderung tritt nicht ein in Folge der Verabsäumung einer gesetzlich bestimmten Frist.

Dagegen fallen unter den allgemeinen Begriff der Verjährung:

1) im formellen Recht alle zur Regelung des prozessualischen Verfahrens geltenden Fristen, deren Verabsäumung den Verlust eines prozessualischen Rechts zur Folge hat. Diese Fristen werden jedoch nicht durch den Ausdruck „Verjährung" bezeichnet;

2) im materiellen Recht alle Fristen, deren Verabsäumung eine Veränderung eines bestehenden Rechtsverhältnisses zur Folge hat.

Alle diese Fristen werden unter dem allgemeinen Ausdruck „Verjährung" verstanden, und es finden auf sie in der Regel die allgemeinen Grundsätze der Verjährung Anwendung. z. B. daß die Verjährung gegen denjenigen nicht anfangen kann, welcher von seinem Recht nicht unterrichtet sein konnte oder dasselbe auszuüben verhindert war, daß gegen Minderjährige keine Verjährung beginnen kann.

Derartige Fristen sind z. B.:

1) die Deliberationsfrist beim Anfall einer Erbschaft; denn, wenn das Recht der Entsagung während dieser Frist nicht ausgeübt wird, geht dies Recht verloren und es wird die nur bedingte Verpflichtung des Erben bezüglich der Ansprüche gegen den Nachlaß in eine unbedingte umgewandelt;

2) die Frist zur Einreichung des Inventars; denn, wenn der Erbe das Recht, ein Inventarium einzureichen, innerhalb der gesetzlichen Frist nicht ausübt, geht dies Recht verloren und es wird seine nur eingeschränkte Verpflichtung den Nachlaßgläubigern gegenüber in eine uneingeschränkte umgewandelt.

Dagegen fallen nicht unter den Begriff der Verjährung die Fristen zur Annahme eines Vertragsantrages. Denn die Verabsäumung dieser Fristen bewirkt keine Veränderung eines Rechtsverhältnisses, da ein Rechtsverhältniß nicht besteht und auch in Folge des Vertragsantrages nicht entsteht. In Folge der verabsäumten Frist bleibt es lediglich dabei, daß kein Rechtsverhältniß besteht

Es hat nun aber der Begriff „Verjährung" auch noch eine engere Bedeutung, und nur in diesem engeren Sinne ist hier von Verjährung die Rede.

In diesem engeren Sinne ist Verjährung Beseitigung eines Rechtsanspruches in Folge der während der gesetzlich bestimmten Frist unterbliebenen Ausübung desselben.

Diese Beseitigung eines Rechtsanspruches aber erfolgt in dop-

pelter Weise, nämlich als erwerbende und erlöschende Verjährung.

1) Die erwerbende Verjährung.

Die erwerbende Verjährung besteht darin, daß eine Person, welche durch Verletzung des Rechts einer Person einen Anspruch gegen sich erzeugt, in Folge der fortdauernden ungestörten Ausübung des verletzten Rechts das verletzte Recht erwirbt.

In einem solchen Falle wird also Unrecht in Recht umgewandelt und dadurch der Rechtsanspruch beseitigt.

Eine derartige Umwandlung von Unrecht in Recht findet nur in Bezug auf Eigenthum statt, und zwar in doppelter Weise:

a) Der Eigenthümer hat gegen den Besitzer den Anspruch auf Restitution des Besitzes. Dieser Anspruch wird durch Verjährung beseitigt. Der Besitzer erwirbt durch Verjährung Eigenthum, also dasselbe Recht, welches er verletzte.

Die Verjahrung vermittelt also den Uebergang des Eigenthums von einer Person auf die andere Person.

b) Der Grundeigenthümer hat einem andern Grundeigenthümer gegenüber das Recht, widerrechtliche Eingriffe in sein Eigenthum zurückzuweisen. Dies Recht wird durch Verjährung beseitigt. Derjenige, welcher fortdauernd eine Grundgerechtigkeit ausübt, erwirbt die Grundgerechtigkeit durch Verjährung.

Die Verjährung ist also ein Mittel zur Erwerbung von Grundgerechtigkeiten.

Nach Analogie der Grundgerechtigkeiten werden demnächst einzelne dem öffentlichen Recht angehörige Verhältnisse behandelt, die aber hier außer Acht zu lassen sind.

Anderweite erwerbende Verjährung giebt es nicht, namentlich kann:

α) der Anspruch auf Wiederherstellung des rechtlichen Zustandes, sofern ein anderes Recht der Person als Eigenthum verletzt wird, nicht verjähren.

Derartige andere Ansprüche sind untrennbar mit der Person verbunden. Nur das Eigenthum ist ein übertragbares Recht.

β) Es können anderweite Rechtsverhältnisse zwischen Personen, außer Grundgerechtigkeiten und den analogen Verhältnissen, durch Verjährung nicht entstehen.

2) Die erlöschende Verjährung.

Durch die erlöschende Verjährung wird ein bestehender Anspruch in der Weise beseitigt, daß die verpflichtete Person von dem gegen sie gehenden Anspruch frei wird. Es wird kein Recht erworben sondern nur eine Verpflichtung beseitigt.

Es geschieht dies in doppelter Weise:

a) durch Aufhebung einer bestehenden, auf einen speziellen, Rechtstitel gegründeten Verpflichtung, und zwar:

α) einer bestehenden Grundgerechtigkeit (resp. eines analogen Verhältnisses);
β) einer bestehenden dinglichen oder persönlichen Verpflichtung;

b) durch Beseitigung eines auf eine Rechtsverletzung gegründeten Anspruchs, und zwar ebensowohl eines für sich bestehenden Anspruchs, als eines in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß geltend zu machenden Anspruchs.

In dem vorstehend angegebenen engeren Sinne handeln die Gesetzbücher von der Verjährung.

Das Römische Recht erwähnt:

1) die erwerbende Verjährung:
   a) als usucapio, d. h. Erwerbung von Eigenthum durch Verjährung:
      Usucapione dominia adipiscimur. Ulp. 19. 8.
      Usucapio est dominii adjectio (adeptio l. c.) per . . . l. 3. D. 41. 3.
   b) als Mittel, Grundgerechtigkeiten zu erwerben:
      servitutem tempore quaerere. l. 2. C. 3. 34.
      acquiri. l. 28. D. 8. 2.
      nancisci. l. 10. D. 8. 5.
2) die erlöschende Verjährung:
   a) als Mittel, Real- und Personal-Servituten aufzuheben:
      quemadmodum servitutes amittuntur. lib. 8. tit. 6. D.
      quibus modis ususfructus vel usus amittitur. lib. 7. tit. 4. D.
   b) als Mittel, klagbare Ansprüche (actiones) zu beseitigen, sowohl actiones in rem als in personum.

In diesem letzteren Falle wird nicht unmittelbar das Recht aufgehoben, sondern nur das Recht zu klagen (actio) beseitigt. Es bleibt also die obligatio naturalis bestehen.

Das A. L. R. definirt die Verjährung dahin 1. 9.:

§. 500. Wenn durch den Ablauf einer bestimmten Zeit wegen unterlassener Ausübung gewisser Rechte eine Veränderung an diesen Rechten vermöge der Gesetze entsteht, so ist eine Verjährung vorhanden.

Es unterscheidet dann die erwerbende und erlöschende Verjährung:

§. 501. Durch die Verjährung können sowohl Rechte, die Jemand gehabt hat, verloren, als neue Rechte erworben werden.

1) Unter dem Gesichtspunkt der erwerbenden Verjährung (durch Besitz) werden genannt:
   a) die Erwerbung von Eigenthum an Sachen;
   b) die Erwerbung von Rechten.

Es heißt:

die Verjährung findet in allen Fällen statt, wo Jemand ein Recht . . besessen. §. 579.

allein diese Bestimmung hat nicht, wie Bornemann II. 96. meint, den Sinn:

mittelst der Verjährung durch Besitz können in der Regel alle Rechte erworben werden;

namentlich auch (II. 163.):

persönliche Rechte,

sondern es soll im §. 579. ff. nur angegeben werden, in welcher Weise die der Verjährung unterliegenden Rechte durch Verjährung erworben werden.

Welche Rechte durch Verjährung erworben werden, wird bei den bezüglichen Rechten erwähnt, es wird daher namentlich gesprochen vom:

Erwerb der Grundgerechtigkeiten durch Verjährung. §. 13. I. 22.

Der §. 839. I. 11. enthält eine ganz singuläre Bestimmung, welche unnöthiger Weise unter den Gesichtspunkt der Verjährung gestellt ist.

2) Unter dem Gesichtspunkt der erlöschenden Verjährung handelt es von dem:

Verlust eines Rechts, von dem Freiwerden des Verpflichteten von einer Verbindlichkeit, von dem Aufheben einer Verbindlichkeit. §§. 502. 568. I. 9.

Von der Verjährung:

des Entschädigungsanspruches außer dem Falle eines Kontrakts spricht es §. 54. I. 6., und die Verjährung einzelner bezüglich bestimmter Rechtsverhältnisse bestehender Ansprüche wird an den bezüglichen Orten erwähnt.

Das O. G. B. definirt die Verjährung dahin:

§. 1451. Die Verjährung ist der Verlust eines Rechts, welches während der vom Gesetz bestimmten Zeit nicht ausgeübt worden ist.

und sagt dann:

§. 1452. Wird das verjährte Recht vermöge des gesetzlichen Besitzes zugleich auf Jemand Andern übertragen, so heißt es ein ersessenes Recht, und die Erwerbungsart Ersitzung.

Erwähnt werden:

1) die Ersitzung:
   a) des Eigenthumsrechtes. §. 1466.
   b) der Dienstbarkeiten und anderer auf fremdem Boden ausgeübter besonderer Rechte. §. 1469.
2) die Verjährung der Rechte.

Es wird gesagt:

das Recht geht verloren. §. 1486.

es ist jedoch die Rückforderung einer bezahlten verjährten Schuld ausgeschlossen. §. 1432.

Speziell werden erwähnt als einer kürzeren Verjährung unterliegend:

a) jede Entschädigungsklage. §. 1489.

b) einzelne Ansprüche auf Anfechtung eines Rechtsverhältnisses. §. 1487.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 2219. La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi.

Er erwähnt:

1) die erwerbende Verjährung:
   a) als Erwerb von Eigenthum eines immeuble. Art. 2265. sq.
   b) den Erwerb der servitudes:
      les servitudes s'acquièrent. Art. 690.

2) die erlöschende Verjährung:
   a) als Aufhebung der Servituten:
      comment les servitudes s'éteignent. Art. 703. sq.
      und des usufruit, usage et habitation:
      comment l'usufruit prend fin.
      les droits d'u-sage et d'habitation se perdent.
      Art. 617. sq. 625. sq.
   b) als Verjährung der Klagen (actions tant réelles que personnelles). Art. 2262.

B. Rechtsgrund der Verjährung.

Jede Verjährung widerspricht dem strengen Rechtsprinzip. Nach strengem Recht kann ein Recht nicht deshalb verloren gehen, weil der Berechtigte es eine Zeit lang nicht ausübt, und ein rechtswidriger Zustand kann nicht der Grund eines Rechts werden.

In diesem Sinne hat Koch Recht, wenn er von der erlöschenden Verjährung sagt:

es hat keinen inneren Grund, daß ein Recht durch unterlassenen Gebrauch aufhören soll. II. 702.

und Hegel erwähnt mit Unrecht die Verjährung in der Sphäre des abstrakten Rechts (Philosophie des Rechts, §. 64.). Ebenso bezeichnet sie Bornemann mit Unrecht als ein:

Institutum juris gentium, das jedoch nach Maßgabe des Grundprinzips eines jeden positiven Rechts eigenthümlich gefärbt wird. II. 77.

Die Verjährung ist vielmehr recht eigentlich nur ein Institut des wirklichen Rechts, und mit Recht sagt das Römische Recht:

bono publico usucapio introducta est. l. 1. D. 41. 3.

jure civili (im Gegensatz von jus gentium) constitutum fuerat. pr. J. 2. 6. u. §. 1. J. 1. 1.

Hieraus folgt zweierlei:

1) daß Verjährung überhaupt nur in denjenigen Fällen statt hat, in welchen sie durch das Gesetz anerkannt ist;

es ist also ganz unnöthig, wenn ein Gesetz die Fälle hervorhebt, in denen sie nicht statt hat.

2) daß die Verjährung nicht aus vermeintlichen rechtlichen Gründen, sondern eben nur aus Interessen der bürgerlichen Gesellschaft zu erklären ist, und daß auch bei der Frage, in welchen Fällen und in welchen Fristen die Verjährung Geltung haben soll, das Interesse des bürgerlichen Verkehrs maßgebend sein muß.

Das Interesse des wirklichen Rechts, welches bei Einführung einer jeden Art von Verjährung wirksam ist, ist im Allgemeinen dies:

daß Unsicherheit des Rechts und daraus entstehende Zweifel und Streitigkeiten möglichst beseitigt werden.

Daher wird ganz richtig von der usucapio gesagt:

bono publico introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent. l. 1. D. 41. 3.

usucapio constituta est, ut aliquis litium finis esset. l. 5. pr. D. 41. 10.

Bezüglich jeder Art der Verjährung sind demnächst aber auch noch besondere Interessen wirksam.

1. Eigenthumsverjährung.

Im Interesse des bürgerlichen Verkehrs gilt der Grundsatz:

Nur das erkennbar gemachte Recht wird als Recht anerkannt.

In diesem Sinne sagt Hegel im §. 217. mit Recht:

in der bürgerlichen Gesellschaft geht das unmittelbare und abstrakte Dasein meines einzelnen Rechts in die Bedeutung des Anerkanntseins als eines Daseins in dem existirenden allgemeinen Willen und Wissen über.

Folgen jenes Grundsatzes sind die Sätze:

1) bestimmte Verträge werden nur als gültig anerkannt, wenn sie durch Schrift erkennbar gemacht sind;
2) ein Recht wird nur dann als dinglich anerkannt, wenn der Erwerb des Rechts durch Besitz oder Eintragung erkennbar gemacht ist.

Eine weitere Folge ist der Eigenthumserwerb durch Verjährung.

Das Bedürfniß allgemeiner Erkennbarkeit tritt nämlich gerade bezüglich des Eigenthums besonders hervor, weil das Eigenthum ein Recht ist, welches von Jedermann anerkannt werden muß.

Hieraus folgt der Satz:

> Es wird derjenige als Eigenthümer anerkannt, welcher sich fortdauernd als Eigenthümer erkennbar macht;

mit anderen Worten:

> Wenn der Eigenthümer sein Eigenthumsrecht fortdauernd gar nicht, dagegen eine andere Person sich fortdauernd als Eigenthümer erkennbar macht, so wird der nach strengem Recht unberechtigte und nur scheinbare Eigenthümer als berechtigter wirklicher Eigenthümer anerkannt.

Also auf einem bestimmten Interesse der bürgerlichen Gesellschaft und nicht, wie Bornemann II. 88. sagt:

> auf einem in der Vernunft (d. h. im Prinzip des strengen Rechts) begründeten Grundsatz,

beruht der Eigenthumserwerb durch Verjährung. Hegel mußte deshalb von der Verjährung im §. 217. handeln, wo er ganz richtig von den Förmlichkeiten der Verträge spricht.

Es ist auch nicht der Besitz als modus acquirendi zu bezeichnen, wie Bornemann thut II. 88. Nur der fortdauernde und vom Eigenthümer nicht angefochtene Besitz hat die Wirkung, Eigenthum zu übertragen, und zwar nicht als Besitz, sondern als fortdauerndes Zeichen des Eigenthums. Hieraus erklärt sich, weshalb gegen den Inhalt des Hypothekenbuchs keine Verjährung, namentlich durch Besitz, anerkannt werden darf. Denn der Inhalt des Hypothekenbuchs soll eben absolute Gültigkeit haben, und gegen den Inhalt des Hypothekenbuchs kann der Besitz als ein nur undeutliches Zeichen des Eigenthums nicht von Wirkung sein.

Es ist endlich eine irrige Darstellung, wenn im Falle des Eigenthumserwerbes durch Verjährung von herrenlos werden (zu einer offen stehenden gemacht, Bornemann II. 76.) gesprochen und gesagt wird:

> ich verliere oder erwerbe Eigenthum durch Verjährung. Hegel, §. 64.

denn Verlust und Erwerb sind immer gleichzeitig.

Es findet ein Uebergang des Eigenthums vom Eigenthümer auf den Besitzer statt, wie das Römische Recht sagt, eine alienatio:

> alienationis verbum etiam usucapionem continet. l. 28. D. 50. 16.

2. Verjährung der Grundgerechtigkeiten.

Es liegt im Interesse der allgemeinen Ruhe, daß die rechtlichen Verhältnisse zwischen benachbarten Grundeigenthümern geregelt bleiben und Streitigkeiten wegen derselben vermieden werden.

Darauf gründet sich:

1) das Recht, eine kenntliche Grenzlinie zu ziehen;
2) die Bestimmung, daß nur eingetragene und durch Anlagen

kenntliche Grundgerechtigkeiten von jedem Besitzer des verpflichteten Guts anerkannt werden müssen.

Eine weitere Folge ist:

3) der Erwerb und die Aufhebung von Grundgerechtigkeiten durch Verjährung.

Die fortdauernd ohne Widerspruch des bezüglichen Grundeigenthümers statthabende Ausübung einer Grundgerechtigkeit ergänzt den fehlenden rechtsgültigen Titel. Weil der Grundeigenthümer von dem ihm zustehenden einfachen Mittel des Widerspruchs keinen Gebrauch macht, wird seiner Duldung (patientia) die Wirkung der Zustimmung beigelegt.

Wird dagegen umgekehrt eine rechtlich bestehende Grundgerechtigkeit von dem Berechtigten fortdauernd nicht ausgeübt, obwohl er das Interesse hat, sie auszuüben, so wird angenommen, daß irgend ein Grund vorhanden ist, weshalb die Grundgerechtigkeit nicht mehr besteht. Die fortdauernd unterbleibende Ausübung der Grundgerechtigkeit vertritt die Stelle eines rechtsgültigen Titels der Aufhebung. Der Berechtigte wird, weil er das einfache Mittel, sich die Servitut durch Ausübung zu erhalten, nicht anwendet, als der Aufhebung zustimmend angesehen.

Es ist unrichtig, diese erlöschende Verjährung als ein Analogon der erwerbenden Verjährnng anzusehen, indem Seitens des Verpflichteten ein Freiheitsbesitz angenommen wird. Bornemann II. 79.

Wenn das Römische Recht bezüglich bestimmter Servituten sagt, der non usus allein reiche nicht aus, sondern der Verpflichtete müsse libertatem usucapere, so ist nicht an einen Besitz der Freiheit gedacht, sondern ganz einfach an einen Erwerb der Freiheit von der Servitut:

usucapio, quae libertatem praestat sublata servitute. l. 4. §. 29. D. 41. 3.

Auch nicht ein der Servitut entgegenstehender Besitz wird gefordert, sondern eine der bestehenden Servitut widersprechende Handlung, der non usus allein hat keine Wirkung:

si nihil novi feceris. l. 6. pr. D. 8. 2.
qui jus tuum non interpellavit. l. 18. D. 8. 6.

3. Verjährung der Verpflichtungen und Rechtsansprüche.

Von den Grundgerechtigkeiten unterscheiden sich alle übrigen Rechtsverhältnisse dadurch, daß die Grundgerechtigkeiten dauernde Rechtsverhältnisse sind, alle übrigen Rechtsverhältnisse aber nur zur Erreichung vorübergehender Zwecke dienen.

Eine Begründung derartiger Rechtsverhältnisse durch Verjährung widerspräche dem Wesen derselben. Die Verjährung vertritt daher auch nie die Stelle des speziellen Rechtsgrundes, aus welchem derartige Verhältnisse entstehen.

Dagegen ergiebt sich gerade bezüglich dieser Art Rechtsverhältnisse das dringende Bedürfniß der Aufhebung derselben durch Verjährung.

Gerade diese Art der Rechtsverhältnisse ist auf das Mannigfaltigste und Vielgestaltetste Gegenstand des alltäglichen Verkehrs, und in Folge des beständigen Ineinandergreifens derselben entstehen die komplizirtesten Rechtsverhältnisse.

In dieses allgemeine Ineinanderwirren aller Art von Rechtsverhältnissen nach Möglichkeit Ordnung zu bringen, liegt im Interesse des Verkehrs.

Dies geschieht, wie schon bemerkt, dadurch, daß bestimmte Rechtsgeschäfte in bestimmter Form erkennbar gemacht werden müssen.

Es geschieht dies aber namentlich auch durch Verjährung, d. h. durch Beseitigung der Rechtsverhältnisse oder der aus ihnen entspringenden Ansprüche in Folge Ablaufs der Verjährung. Jenachdem das Interesse der Allgemeinheit größer oder geringer ist, daß derartige Ansprüche nicht gar zu lange bestehen, ist die Frist der Verjährung kürzer oder länger. Ob das Eine oder Andere der Fall ist, darüber entscheidet die Art des Anspruches:

1) Verjährung der durch einen speziellen Rechtstitel begründeten Rechtsverhältnisse.

Wenn durch einen speziellen Rechtstitel ein Rechtsverhältniß begründet worden ist, so wird der Inhalt desselben, d. h. die aus demselben entspringenden Verpflichtungen, durch den Rechtstitel selbst bestimmt. Den Umfang solcher Verpflichtungen zu ermitteln, hat auch nach längerer Zeit keine Schwierigkeit, nur der Zweifel, ob die Verpflichtung noch besteht, ist durch Verjährung zu erledigen.

Derartige Rechtsverhältnisse werden deshalb in der Regel nur durch dreißigjährige Verjährung aufgehoben.

Nur ausnahmsweise wird eine kürzere Verjährungsfrist bestimmt, nämlich bezüglich einzelner der gewöhnlichsten Geschäfte des bürgerlichen Verkehrs, bezüglich deren es im allgemeinen Interesse liegt, die daraus entstehenden Ansprüche möglichst bald zu erledigen.

Durch diese Art der Verjährung wird also das Rechtsverhältniß resp. die daraus entspringenden Verpflichtungen aufgehoben.

Es entsteht dabei die Frage:

ob der Anspruch auf Entschädigung wegen nicht gehörig oder nicht rechtzeitig geleisteter Erfüllung nur zugleich mit dem Anspruch auf Erfüllung verjähren darf oder ob bezüglich der Entschädigungsansprüche eine kürzere Verjährungsfrist zu bestimmen ist?

Es ist Ersteres anzunehmen.

Wenn der Anspruch auf Erfüllung verletzt wird, so wird er entweder in einen Anspruch auf Entschädigung umgewandelt,

oder es tritt dem Anspruch auf Erfüllung ein Anspruch auf Entschädigung hinzu (vgl. §§. 255. 256.).

Im Falle der Umwandlung ergiebt sich alsbald die Unthunlichkeit einer verschiedenen Behandlung des Anspruchs auf Erfüllung und des eigentlichen Entschädigungsanspruches; denn sie wäre nur in der Art ausführbar, daß man die in Folge Verschuldens eintretende Erweiterung des Anspruchs von der Schätzung des unmittelbaren Anspruchs auf Erfüllung resp. des aus der Nichterfüllung entstehenden Schadens unterschiede.

Ausführbarer wäre eine verschiedene Behandlung, wenn der Anspruch auf Erfüllung bestehen bleibt und nur ein Anspruch auf Entschädigung hinzutritt. Allein auch in diesem Falle, wie in dem ersteren, würde die Sache nicht vereinfacht, sondern nur unnöthiger Weise verwickelt werden.

Es gilt daher der Satz:

der Anspruch auf das Interesse verjährt nur mit dem Anspruch auf Erfüllung.

2) Verjährung der einem bestehenden Rechtsverhältniß aus besonderen Umständen hinzutretenden Ansprüche.

In Folge besonderer, nicht aus der Natur des Rechtsverhältnisses folgender Umstände, können bezüglich eines bestehenden Rechtsverhältnisses besondere Ansprüche zum Vorschein kommen, namentlich der Anspruch auf Ungültigkeitserklärung oder Aufhebung des Rechtsverhältnisses.

Derartige Ansprüche nehmen dem an sich bestimmten Rechtsverhältniß seine Bestimmtheit und erzeugen Zweifel und Verwirrung.

Es liegt im allgemeinen Interesse, derartige Ansprüche möglichst bald zu beseitigen und also ein sicheres und bestimmtes Rechtsverhältniß herzustellen.

Hierin liegt der Grund der kurzen Fristen bei Verjährung derartiger Ansprüche.

3) Verjährung des auf eine Beschädigung außerhalb bestimmter Rechtsverhältnisse gegründeten Entschädigungsanspruches.

Wenn Jemand auf Grund einer vermeintlich erlittenen Beschädigung einen Anspruch gründet, so hat die Ermittelung der Ursache des Schadens in der Regel große Schwierigkeiten, wenn diese Ermittelung erst nach längerer Zeit erfolgt.

Hierin liegt der Grund, weshalb die Geltendmachung dieses Anspruchs an kurze Zeit gebunden wird.

4) Verjährung der Ansprüche des Eigenthümers gegen den Besitzer.

So lange die dem Eigenthümer gehörige Sache noch vorhanden und nicht durch Verjährung Eigenthum eines Andern geworden ist, besteht der Anspruch auf Restitution.

Eine Verjährung dieses Anspruchs ohne Verjährung des Eigenthums findet nach richtigen Grundsätzen nicht statt.

Abgesehen von dem Anspruch auf Restitution hat aber der Eigenthümer noch andere Ansprüche gegen den Besitzer, nämlich:

a) den Ersatzanspruch für das aus der Substanz der Sache in das Vermögen des Besitzers Verwendete.

Dieser Anspruch fällt natürlich fort, insofern er gegen den bestand, welcher das Eigenthum der Sache selbst durch Verjährung erworben hat.

Es können aber Ansprüche auf Ersatz gegen andere Personen bestehen, und es können Ersatzansprüche vor Ablauf der zum Erwerb des Eigenthums bestimmten Frist geltend gemacht werden. Es frägt sich, binnen welcher Frist diese Ansprüche verjähren müssen.

Da der Anspruch auf Restitution nicht verjährt, so läßt sich nicht sagen:

> der Ersatzanspruch verjährt zugleich mit dem Restitutionsanspruch,

sondern wenn man einen derartigen Anspruch verjähren lassen will, so muß als Anfang der Verjährung der Moment gelten, in welchem der Ersatzanspruch entsteht, also der Moment, in welchem der Restitutionsanspruch in einen Ersatzanspruch umgewandelt wird.

Bornemann meint zwar:

> die Ermittelung dieses Tages würde zu unabsehbaren Weiterungen führen, II. 379.

allein es scheint, daß er dabei nicht an den Ersatzanspruch, sondern nur an die anderweiten Ansprüche gegen den Dieb gedacht hat, obwohl man aus den Worten:

> der Dieb ist simplicirter zur Restitution der Sache oder ihres Werthes verpflichtet, l. c.

entnehmen könnte, Bornemann halte den Ersatzanspruch gleich dem Restitutionsanspruch für unverjährbar.

Jedenfalls existirt kein anderer Moment des Anfangs der Verjährung, als der Moment der Entstehung des Anspruchs. Von diesem Moment an muß die gewöhnliche dreißigjährige Verjährung eintreten, also nicht die bezüglich der Entschädigungsansprüche geltende kürzere Verjährung, denn die Motive, welche die kürzere Verjährung rechtfertigen, sind hier nicht wirksam, wo es sich einfach um Ersatz des Werths der Sache handelt.

b) Der Anspruch auf Ersatz der gezogenen Früchte.

Ein solcher Anspruch besteht nur gegen den Besitzer in bösem und ungerechtfertigtem guten Glauben. Er gründet sich also in gewisser Weise auf das Verschulden des Besitzers, indem der Besitzer, welchen kein Verschulden trifft, dieserhalb nicht in Anspruch genommen werden kann.

Da der Anspruch auf Ersatz des Werths des aus der Substanz

Verwendeten in dreißig Jahren verjährt, so muß dieser nur auf den Ersatz der Früchte gehende Anspruch jedenfalls auch in dreißig Jahren verjähren, und nur die Maaßgabe wird eintreten müssen, daß es nicht auf den Moment der wirklichen Verwendung der Früchte ankommt, sondern auf den Moment, in welchem durch Separation der Früchte der Anspruch auf deren Vergütung entsteht.

Natürlich können auch die zu ziehenden Früchte nicht eine längere Zeit zurückgefordert werden.

c) alle übrigen Ansprüche des Eigenthümers gründen sich auf das Verschulden des Besitzers, und es entsteht bezüglich ihrer die Frage:

welcher Verjährung müssen diese Ansprüche unterliegen?

Diese Ansprüche können geltend gemacht werden:

α) gegen den Besitzer der noch vorhandenen Sache.

Soweit der Besitzer durch Verjährung Eigenthum erworben hat, sind natürlich alle diese Ansprüche beseitigt.

Allein sie können auch vor dem Erwerb des Eigenthums oder gegen den Besitzer in bösem Glauben, der Eigenthum durch Verjährung nicht erwerben kann, geltend gemacht werden.

Zunächst ist der Grundsatz festzuhalten:

Keinerlei Art von Entschädigungsanspruch kann aus einer Zeit vor länger als dreißig Jahren geltend gemacht werden.

Denn da nach Ablauf dieser Zeit sogar jeder Ersatzanspruch verjährt, so muß dies noch vielmehr bezüglich jeden Entschädigungsanspruches der Fall sein.

Es kann also namentlich kein Anspruch auf Entschädigung wegen Deterioration der Sache geltend gemacht werden, wenn die Deterioration vor länger als dreißig Jahren stattgehabt hat. Bei der Frage, ob die Sache deteriorirt ist, ist zwar zunächst entscheidend die Vergleichung des Zustandes der Sache beim Anfang und Ende des Besitzes. Wenn aber der Besitzer nachweist, daß die Sache schon vor dreißig Jahren in bestimmter Weise deteriorirt war, so hat er für diese Deterioration nicht einzustehen.

Demnächst aber entsteht die Frage:

ob die Entschädigungsansprüche des Eigenthümers gegen den Besitzer nach Analogie der Entschädigungsansprüche außerhalb bestimmter Rechtsverhältnisse in kürzerer Frist, z. B. drei Jahren, verjähren müssen?

Diese Frage ist zu verneinen.

Eine unmittelbare Anwendung dieser Art der Verjährung auf die Entschädigungsansprüche des Eigenthümers gegen den Besitzer ist nicht ausführbar. Im Falle einer Beschädigung außerhalb bestimmter Rechtsverhältnisse fällt die Rechtsverletzung und Beschädigung zusammen. Im Falle des widerrechtlichen Besitzes dagegen ist die eigentliche Rechtsverletzung, die Besitzergreifung, keine Beschädigung,

sondern die Beschädigungen treten erst im Verlauf des dauernden Besitzes hervor. Erst vom Momente einer jeden einzelnen Beschädigung an also könnte man die Verjährung beginnen lassen. Dadurch aber würden die komplizirtesten Verhältnisse herbeigeführt werden. Dazu käme, daß die Ersatzansprüche der dreißigjährigen und die Entschädigungsansprüche der dreijährigen Verjährung unterliegen würden.

Es ist daher anzunehmen:

gegen den Besitzer verjähren die Ansprüche auf Entschädigung in dreißig Jahren.

β) Es können aber Entschädigungsansprüche gegen einen gewesenen Besitzer geltend gemacht werden, und da könnte man meinen:

in diesem Falle verjähren die Entschädigungsansprüche in kürzerer Frist.

Auch diese Ansicht ist zu verwerfen.

Vereinfacht würde die Sache allerdings nach Ablauf dieser Frist, indem dann nur noch Ersatzansprüche geltend gemacht werden könnten.

Dagegen käme man während des Laufes dieser Frist nur zu Weiterungen und Inkonsequenzen.

Der Anfangsmoment der Verjährung wäre das Ende des Besitzes. Wie man aber nun die Verjährungszeit berechnen sollte, wäre schwer zu sagen.

Man könnte meinen:

während der laufenden Verjährungsfrist seien alle in die letzten dreißig Jahre des Besitzes fallenden Beschädigungen zu vertreten;

allein das hieße die dreißigjährige Verjährung noch um eine Frist verlängern, wozu aller Grund fehlt.

Man könnte ferner meinen:

während der laufenden Verjährungfrist seien die in die letzten dreißig Jahre fallenden Beschädigungen zu vertreten;

allein das hieße eine dreißigjährige Verjährung von einer zweiten kürzeren Verjährung abhängig machen, wodurch eine ganz besondere Art von Verjährung eingeführt würde.

Es bliebe daher nur übrig, die Verjährung in dem Sinne zu verstehen:

daß überhaupt nur die in die letzten drei Jahre fallenden Beschädigungen zu berücksichtigen seien.

Daraus entstünde eine unnöthige Weiterung, denn es müßten die Ersatz- und Entschädigungsansprüche von einander unterschieden werden. Außerdem läge darin die Inkonsequenz, daß, so lange der Besitz dauert, die Beschädigungen aus den letzten dreißig Jahren zu vertreten wären, mit der Beendung des Besitzes aber auf einmal nur die aus den letzten drei Jahren herrührenden Beschädi-

gungen. Dem Ende des Besitzes eine solche Wirkung beizulegen, fehlt aller Grund.

Es ist deshalb an dem einfachen Satze festzuhalten:

Alle Ersatz= und Entschädigungsansprüche des Eigenthümers gegen den Besitzer, sowohl gegen den noch gegenwärtigen als gewesenen, verjähren in dreißig Jahren.

5) Verjährung der auf einen widerrechtlichen Zustand gegründeten Entschädigungsansprüche.

Man kann meinen:

diese Ansprüche seien nach Analogie der Ansprüche des Eigenthümers gegen den Besitzer zu behandeln,

weil auch hier dem Anspruch auf Wiederherstellung des rechtlichen Zustandes ein Anspruch auf Entschädigung hinzutritt. Es ist jedoch angemessen:

diese Ansprüche gleich den reinen Entschädigungsansprüchen der kürzeren Verjährung zu unterwerfen,

in dem Sinne:

daß nach Beendung des widerrechtlichen Zustandes dem Verletzten nur die kürzere Verjährungsfrist zur Geltendmachung seiner vermeintlichen Ansprüche auf Entschädigung verstattet wird.

Denn dieselben Motive, welche für den reinen Entschädigungsanspruch kürzere Verjährungsfristen rechtfertigen, sind auch hier wirksam, und zwar um so mehr, als es sich hier um Ermittelung des ganzen während der Dauer des widerrechtlichen Zustandes entstandenen Schadens handelt. Der fortdauernde widerrechtliche Zustand erscheint in diesem Falle als die Ursache des Schadens. Die Zeitdauer dieses widerrechtlichen Zustandes bestimmt nur den Umfang der Entschädigung, ist aber ohne Einfluß auf die Zeit der Verjährung. Dieselbe beginnt mit der Beendung des widerrechtlichen Zustandes.

6) Verjährung der Ansprüche aus nichtigen Verträgen.

Derartige Ansprüche sind nach allgemeinen Grundsätzen zu behandeln.

Soweit also ein Ersatzanspruch erhoben wird, kommen die bezüglichen Grundsätze in Anwendung.

Soweit Entschädigung beansprucht wird, tritt die kürzere Verjährung ein, weil kein Rechtsverhältniß besteht, sondern nur das Verschulden des einen Kontrahenten ihm als Unrecht zugerechnet wird.

7) Verjährung der Ansprüche des negotiorum gestor und aus nützlicher Verwendung.

Diese Ansprüche gründen sich entweder auf Verwendung seines Eigenthums in fremdem Nutzen, dann handelt es sich um einen Ersatzanspruch, oder darauf, daß der dominus die negotiorum

gestio anerkennen muß, also auf ein wirklich zu Stande gekommenes Rechtsverhältniß. Es liegt kein Grund vor, bezüglich der einen oder andern Art der Ansprüche eine kürzere Verjährungsfrist zu bestimmen.

8) Verjährung der Ersatzansprüche des Besitzers gegen den Eigenthümer.

Als Ersatzansprüche unterliegen sie ebenfalls nur der gewöhnlichen Verjährung.

C. Wirksamkeit des moralischen Prinzips.

Wie im gesammten Rechtsgebiet, so erweist sich auch bezüglich der Verjährung das moralische Prinzip als wirksam, und zwar sowohl bezüglich der erwerbenden als bezüglich der erlöschenden Verjährung.

1) Die erwerbende Verjährung.

a) Der Eigenthumserwerb.

Das moralische Prinzip ist in doppelter Weise wirksam. Es gelten die Sätze:

α) Nur der Besitzer in gutem Glauben kann durch Verjährung Eigenthum erwerben.

Der Besitzer in bösem Glauben kann in Folge seines bösen Glaubens durch Verjährung Eigenthum nicht erwerben.

β) Der Besitzer in gerechtfertigtem guten Glauben erwirbt Eigenthum in kürzerer Frist als der Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben.

In dieser Weise hat man sich auszudrücken, nicht aber zu sagen: daß die Verjährung um so schneller vollendet werde, je qualifizirter der Besitz ist; Bornemann II. 166.

denn nicht aus dem Besitz, sondern aus dem moralischen Prinzip folgen jene Sätze.

Eine weitere Konsequenz des moralischen Prinzips ist der Satz: der Erwerb durch Verjährung wird ausgeschlossen, wenn der Besitzer während des Laufs der Verjährung Besitzer in bösem Glauben wird.

Der Erwerb durch Verjährung erfolgt nämlich, weil der Besitzer sich fortdauernd als Eigenthümer bethätigt. Von dem Augenblick an, wo er Besitzer in bösem Glauben wird, bethätigt er sich in Wahrheit nicht mehr als Eigenthümer, sondern nur noch als widerrechtlicher Besitzer. Es kann ihm nicht zu Statten kommen, wenngleich er beim Erwerb des Besitzes sich in gutem Glauben befunden hat. Denn er erwirbt nicht Eigenthum wegen seiner Besitzergreifung, sondern nur in Folge seines fortdauernden Besitzes. Wird nur guter Glauben beim Anfang des Besitzes erfordert, so

ergiebt sich das dem moralischen Prinzip direkt widersprechende Resultat:

> daß auch derjenige Eigenthum erwerben kann, welcher während der ganzen Verjährungszeit die Widerrechtlichkeit seines Besitzes kannte.

Eine weitere Folge ist, daß im Fall der Fortsetzung des Besitzes auch jeder Besitznachfolger Besitzer in gutem Glauben sein muß.

b) Der Erwerb von Grundgerechtigkeiten.

Dieselben Grundsätze wie beim Eigenthumserwerb müssen auch beim Erwerb von Grundgerechtigkeiten gelten. Denn es wird auch die Grundgerechtigkeit dadurch erworben, daß sich ein Unberechtigter fortdauernd als berechtigt bethätigt.

Ein äußeres Merkmal des vorhandenen bösen Glaubens ist heimliche Ausübung der Grundgerechtigkeit. Hieraus erklärt sich, weshalb das Römische Recht nicht allgemein im Falle des bösen Glaubens die Verjährung ausschließt, sondern speziell im Falle der heimlichen Ausübung (clam), welchem Fall dann vi und precario gleichgestellt wird.

Ein ausreichender Grund bezüglich des guten Glaubens des Erwerbenden zwischen dem Erwerb von Eigenthum und Erwerb einer Grundgerechtigkeit einen Unterschied zu machen, liegt nicht vor.

2) Die erlöschende Verjährung.

Die erlöschende Verjährung unterscheidet sich wesentlich von der erwerbenden Verjährung.

Bei letzterer bethätigt sich ein Unberechtigter als Berechtigter, bei ersterer unterläßt der wirklich Berechtigte sich als Berechtigter zu bethätigen (usucapio und non usus). Der Verpflichtete oder in Anspruch zu Nehmende verhält sich dabei passiv. Es leuchtet ein, daß es verkehrt ist, wenn man sagt:

> weil der sich als Berechtigter bethätigende Unberechtigte sich in gutem Glauben befinden muß, muß auch der sich passiv verhaltende Verpflichtete oder in Anspruch zu nehmende sich in gutem Glauben befinden.

Die Sache wird auch dadurch gar nicht aufgeklärt, daß man Seitens des Verpflichteten einen Freiheitsbesitz, oder gar intellektuellen Freiheitsbesitz annimmt, und bezüglich des persönlich Verpflichteten sogar in dem Sinne,

> daß der Verpflichtete über sein Vermögen, wie über ein unbelastetes disponirt. Bornemann II. 82.

Diese Fiktion ist eine Folge der irrigen Voraussetzung, der bei der Verjährung erscheinende gute Glauben sei eine Folge des Besitzes. Nimmt man dies an, dann muß man freilich einen Besitz fingiren, wo in der That von keinem Besitz geredet werden kann.

Es ist, wenn man die Sache richtig auffassen will, vor Allem festzuhalten, daß es sich hier ganz einfach um die Frage handelt:

> Erfordert das moralische Prinzip bei der erlöschenden Verjährung guten Glauben des Freiwerdenden und in welchem Sinne?

denn daß der gute Glauben einen ganz andern Sinn haben muß, wie bei der erwerbenden Verjährung folgt einfach daraus, daß in den meisten der erlöschenden Verjährung unterliegenden Fällen der Freiwerdende am Anfang der Verjährung vollkommenes Bewußtsein darüber hat, daß er verpflichtet ist. Der gute Glauben kann also nur den Sinn haben:

> daß der Freiwerdende glaubt, die Verpflichtung, der Anspruch sei auf eine rechtmäßige Weise aufgehoben worden.

Um jene Frage zu beantworten, ist es nöthig, die verschiedenen Arten der erlöschenden Verjährung zu unterscheiden.

a) Aufhebung der Verpflichtungen durch Verjährung.

In diesen Fällen ist anzunehmen, der Verpflichtete weiß von Haus aus, daß er verpflichtet ist.

Im Verlaufe der Zeit kann aber die Verpflichtung auf mannigfaltige Art aufgehoben worden sein. Das Gesetz präsumirt dies, wenn das der Verpflichtung correspondirende Recht lange Zeit hindurch nicht ausgeübt worden ist. Diese Vermuthung kommt auch dem Verpflichteten zu Statten, und die Frage ist einfach die:

> Giebt es Fälle, in denen dem Verpflichteten diese Vermuthung wegen seines bösen Glaubens nicht zu Statten kommen darf?

Es sind zu unterscheiden die der längeren und die der kürzeren Verjährung unterliegenden Verpflichtungen:

α) Wer ein Recht dreißig Jahre hindurch nicht ausübt, obwohl es lediglich von seiner Willkür abhängt, das Recht auszuüben, der hat den durch Verjährung eintretenden Verlust vornämlich sich selbst beizumessen, und ihn gegen angebliche Unredlichkeit des Freiwerdenden noch besonders in Schutz zu nehmen, ist kein Grund vorhanden. Es läßt sich dies vom moralischen Standpunkte aus nur dann thun, wenn er klar darthun kann,

> daß der Andere darauf ausgegangen ist, durch Verjährung von seiner Verpflichtung frei zu werden, und in dieser Absicht sich bemüht hat, den Berechtigten zu veranlassen, die Ausübung des Rechts hinzuschieben,

also im Falle eines positiven dolus.

Die bloße Wissenschaft des Verpflichteten um das Bestehen der Verpflichtung kann nicht in Betracht kommen, ebenso nicht die bloße Absicht desselben, dieselbe muß aus Handlungen erhellen.

Wird die mala fides in diesem Sinne aufgefaßt, so kann man nicht sagen:

es lasse sich kein bestimmter Begriff von der mala fides geben. Koch II. 709.

Auf vorstehender Ansicht beruht die Bestimmung des §. 569. I. 9. A. L. R.

β) Wenn die Aufhebung einer Verpflichtung an besonders kurze Fristen gebunden ist, so kann ein größerer Schutz des Berechtigten erforderlich erscheinen. Dieser Schutz liegt darin, daß der Berechtigte zu dem Gegenbeweis zugelassen wird:

die Verpflichtung sei noch nicht aufgehoben und dem Verpflichteten sei dies bekannt.

Hierauf gründet sich die Bestimmung des Art. 2275 im Code Napoléon.

b) Aufhebung der Rechtsansprüche durch Verjährung.

Die Rechtsansprüche unterscheiden sich von den Verpflichtungen dadurch, daß sie nicht, wie die Verpflichtungen, durch ein Rechtsgeschäft festgestellt sind, sondern es hat in Folge irgend eines besondern Umstandes eine Person einen Anspruch, den sie geltend machen kann. Macht sie ihn geltend, so ist allerdings der Andere verpflichtet, aber von Haus aus ist es ungewiß, ob es zu einer wirklichen Verpflichtung kommen wird.

Im allgemeinen Interesse sind die meisten dieser Ansprüche an kurze Fristen gebunden, und es würde der Zweck verfehlt werden, wenn man demjenigen, der einen Anspruch zu haben vermeint, noch besonders das Recht vorbehielte, denselben nach Ablauf der Verjährungsfrist noch geltend zu machen, wenn er nachzuweisen vermag, daß der Andere darauf ausgegangen sei, durch Verjährung den Anspruch zu beseitigen, und in dieser Absicht sich bemüht habe, die Geltendmachung des Anspruchs hinzuziehen.

Bornemann II. 81. kommt im Wesentlichen zu demselben Resultat, doch halte ich seine Darstellung nicht für ganz zutreffend.

Er unterscheidet die persönlichen Rechte in folgender Weise:

ob die Forderung des Berechtigten auf einem speziellen Titel beruht, oder nur einen allgemeinen Rechtsgrund, kraft dessen unter den obwaltenden Umständen ein Anspruch erhoben und das unbestimmte Forderungsrecht in ein bestimmtes verwandelt werden kann, für sich hat.

Es ist dabei übersehen,

1) daß auch Rechtsansprüche bestehen, welche auf einem speziellen Titel und einem besondern Umstand beruhen, z. B. der Anspruch auf Gewährleistung auf dem Kontrakt und der mangelhaften Gewähr; die Unterscheidung, ob der Anspruch auf einem speziellen Titel oder einem besondern Umstand beruht, ist also nicht erschöpfend.

2) Unter dem allgemeinen Rechtsgrund, kraft dessen unter den obwaltenden Umständen ein Anspruch entsteht, kann nur die bezügliche gesetzliche Bestimmung gemeint sein, welche einem besondern Umstand die Wirkung beilegt, einen Rechtsanspruch zu erzeugen; der eigentliche Gegensatz ist also spezieller Titel und besonderer Umstand.
3) Nicht bei allen Ansprüchen, sondern vornämlich nur bei Entschädigungsansprüchen kann von Umwandlung eines unbestimmten Forderungsrechts in ein bestimmtes gesprochen werden. Das Recht, einen Vertrag wegen Zwanges, Betruges anzufechten, ist z. B. in keiner Weise unbestimmt.

Die Unbestimmtheit, auf die es wesentlich ankommt und wodurch sich diese Ansprüche von Verpflichtungen unterscheiden, betrifft nicht den Betrag der Forderung, sondern den Umstand:

ob der Anspruch geltend gemacht werden wird.

II. Anwendung der allgemeinen Gesichtspunkte.

A. Ausschließung der Verjährung gegen den Inhalt der Grundbücher.

§. 312.

Gegen den Inhalt der Grundbücher findet keinerlei Art von Verjährung statt.

Das A. L. R. bestimmt daher 1. 9.:

> §. 511. Rechte auf unbewegliche Sachen, die in das Hypothekenbuch eingetragen sind, können weder durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen, noch kann ein demselben entgegenstehendes Recht mittelst der Verjährung durch Besitz erworben werden.

Das Gesetz vom 7. März 1845 gestattet für bestimmte Fälle eines fehlenden rechtsgültigen Titels vom eingetragenen Eigenthümer Aufgebot und Präklusion der Eigenthumsprätendenten.

Das O. G. B. enthält eine andere Auffassung.

Es verordnet:

1) bezüglich der Verjährung des Eigenthums:

> §. 1467. Von unbeweglichen Sachen ersitzt derjenige, auf dessen Namen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, das volle Recht gegen allen Widerspruch durch Verlauf von drei Jahren. Die Grenzen der Ersitzung werden nach dem Maaße des eingetragenen Besitzes beurtheilt.
>
> Wenn die Sache auf den Namen desjenigen, der die

Besitzrechte darüber ausübt, nicht eingetragen ist, wird die Ersitzung erst nach dreißig Jahren vollendet. §. 1468.

2) bezüglich der erlöschenden Verjährung gilt der Grundsatz: die Verjährung tritt unbedingt ein:

die Rechte mögen den öffentlichen Büchern einverleibt sein oder nicht. §. 1479.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung, verordnet vielmehr:

Art. 2154. Les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilége pendant dix années, à compter du jour de leur date; leur effet cesse, si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai.

B. Arten der Verjährung.

1. Erwerbende Verjährung.

a. Erwerb von Eigenthum durch Verjährung.

§. 313.

Wer eine fremde Sache dreißig Jahre hindurch als die seinige in gutem Glauben und vom Eigenthümer derselben nicht in rechtlichen Anspruch genommen besitzt, erwirbt deren Eigenthum.

Wer den Besitz in gerechtfertigtem guten Glauben ergriffen hat, erwirbt Eigenthum schon durch zehnjährigen Besitz.

Was das Römische Recht anbelangt, so glaube ich,

daß zur Zeit der Zwölf Tafeln nur der Dieb von dem Erwerb durch Verjährung ausgeschlossen war, also nicht allgemein der malae fidei possessor.

Gajus sagt zwar:

quod vulgo dicitur, furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem duodecim tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit, nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet. Gajus II. 49.

allein ich glaube, daß Gajus sich im Irrthum befindet, wenigstens spricht Alles gegen Gajus. Daß das Wort „bona fides" oder ein anderes ähnliches in den Zwölf Tafeln gestanden habe, wird nirgends gesagt; es ist dies auch nicht wahrscheinlich. Denn der Begriff „mala fides" ist ein erst durch Abstraktion zu findender, und es ist kaum anzunehmen, daß zur Zeit der Abfassung der Zwölf Tafeln das Rechtsbewußtsein schon so entwickelt gewesen wäre, daß man

sich in so abstrakter Weise ausgedrückt hätte. Dagegen ist es gar nicht unwahrscheinlich, daß man damals schon den am meisten in die Augen springenden Fall der mala fides berücksichtigte und also den Dieb von dem Erwerb durch Verjährung ausschloß.

Für die Richtigkeit vorstehender Annahme ist namentlich anzuführen, daß auch noch zu der Zeit, als die Ansicht von der Nothwendigkeit der bona fides bereits eine herrschende war, gerade bei den Instituten, bezüglich deren die ursprüngliche Art der Verjährung sich erhalten hatte, nämlich bei der usucapio pro herede und der usucapio fiduciae causa et ex praediatura, bona fides nicht erforderlich war. Daß auch derjenige, qui scit alienam rem se possidere, durch Verjährung erwarb, war daher nicht, wie Gajus meint, zufällig (accidit, ut), sondern es war dies eine Folge davon, daß die Grundsätze der alten usucapio wirksam blieben (annua usucapio remansit). Die Annahme, daß es sich um Ueberreste eines früher allgemein herrschenden Grundsatzes handelt, ist jedenfalls wahrscheinlicher, als die Vorstellung, es habe von Haus aus der Grundsatz gegolten, daß bona fides nothwendiges Erforderniß der Verjährung sei, und es handle sich also um Ausnahmen von diesem Grundsatz. Wäre letzteres der Fall, so müßten sich diese Ausnahmen aus der Eigenthümlichkeit der bezüglichen Verhältnisse erklären lassen und man hätte ein allmähliges Herausbilden des diesen Ausnahmen zu Grunde liegenden Prinzips zu erwarten. Wir nehmen aber vielmehr ein allmähliges Verschwinden der in jenen Ausnahmen herrschenden Ansicht wahr, und dieser Umstand deutet darauf hin, daß Reste einer älteren Ansicht durch das Auffkommen einer neueren Ansicht verdrängt wurden.

Für die Annahme, daß durch die zwölf Tafeln nur der Dieb selbst von der Verjährung ausgeschlossen wurde, spricht ferner folgender Umstand.

Die Kürze der zur Verjährung erforderlichen Zeit läßt schließen, daß ein sehr starkes Interesse der Gesellschaft bei Einführung der Verjährung wirksam war. Wegen dieses sehr fühlbaren Interesses wurde das Recht des wirklichen Eigenthümers geopfert. Daß man aber den Dieb nicht gegen den Eigenthümer schützen dürfe, mußte alsbald einleuchten. Dagegen gehörte schon eine weitere Reflexion und eine größere Rücksichtnahme auf die Rechte des Eigenthümers dazu, daß man im Interesse des Eigenthümers auch jedem Erwerber die Verjährung gestohlener Sachen untersagte. Von diesem Gesichtspunkte aus bestimmt die lex Atinia:

quod subreptum erit, ejus aeterna auctoritas esto.

Wäre eine derartige Bestimmung schon in den zwölf Tafeln enthalten gewesen, so hätte es der lex Atinia nicht bedurft.

Ich nehme daher an:

die zwölf Tafeln schlossen nur den Dieb von der Verjährung aus.

Die weitere Entwickelung scheint — der Entwickelung anderer Rechtsinstitute analog — folgende gewesen zu sein.

Es mußte sich bald bemerklich machen, daß es dem Diebstahl gleichartige Verhältnisse gab. Man behandelte daher diese Verhältnisse nach Analogie des Diebstahls.

Demnächst aber bestrebte man sich, das Gleichartige dieser Verhältnisse zu erkennen, und anstatt einzelner Fälle den diesen Fällen zu Grunde liegenden Grundsatz auszusprechen. Man faßte dabei zunächst ein einzelnes äußeres Merkmal ins Auge. Man bemerkte nämlich, daß alle jene Verhältnisse darin übereinkamen, daß der Besitzer einen Titel seines Besitzes nicht angeben konnte. In diesem Sinne heißt es:

nec ullam causam possessionis possit dicere; et ideo fur et raptor. l. 13. pr. D. 5. 3.

loquitur de praedonibus, id est de his, qui cum scirent, ad se non pertinere haereditatem, invaserunt bona, scilicet cum nullam causam haberent possidendi. l. 25. §. 3. l. c.

Man schloß also Jeden von der Verjährung aus, welcher keinen Titel des Besitzes anführen konnte:

nullo justo titulo praecedente possidentes ratio juris quaerere dominium prohibet. Idcirco, cum etiam usucapio cesset, intentio dominii nunquam absumitur. l. 24. C. 3. 32.

Dagegen ließ man zur Verjährung einen Jeden zu, welcher einen Titel seines Besitzes angeben konnte.

Aus diesem Umstande erklärten sich zwei Erscheinungen, nämlich:

1) warum die Lehre von den Titeln der Verjährung im Römischen Recht eine so große Wichtigkeit hatte und Ausbildung erlangte,
2) und weshalb auch noch bis in die neueste Zeit vorzugsweise in Betracht kam, ob ein qualifizirter Titel vorhanden, und erst demnächst, ob auch bona fides, während eigentlich bona fides wesentlich ist und der Titel nur zur Rechtfertigung der bona fides dient.

Erst in Folge der weiteren Rechtsentwickelung erkannte man, daß auch das Vorhandensein eines Titels nicht ausreiche, und daß es wesentlich darauf ankomme, ob auch bona fides vorhanden sei. In Anerkennung dessen forderte man nun zweierlei, nämlich einen geeigneten Titel und bona fides. Dies wurde schon frühzeitig anerkannt, denn es wird dieser Grundsatz als auf dem jus civile beruhend und die Verjährung als das jus vetustissimum des bonae fidei possessor bezeichnet. pr. J. 2. 6. l. 12. §. 8. D. 49. 15.

Erst noch später erkannte man, daß auch das Nebeneinanderbestehen von titulus und bona fides nicht ausreiche, sondern daß es wesenlich darauf ankomme,

ob die bona fides eine gerechtfertigte sei.

Dieser Grundsatz wurde aber wieder nicht in abstracto ausgesprochen, sondern nur indirekt anerkannt.

Man stellte nämlich die Ansicht auf:

1) Auch wenn ein Titel nicht vorhanden ist, so kann doch Verjährung statthaben, wenn nur die bona fides eine gerechtfertigte ist.

Im Allgemeinen wird zwar gesagt, neben bona fides müsse ein wirklicher titulus vorhanden sein. Dies sagen mehrere Rescripte. cf. l. 24. C. 3. 32. l. 4. C. 7. 29. l. 5. C. 7. 33. l. 3. C. 7. 27., ferner mehrere Juristen, so Julian bezüglich des Titels pro derelicto. l. 6. D. 41. 7., Paulus bezüglich des Titels pro donato. l. 1. pr. D. 41. 6., und bezüglich des Titels pro legato. l. 2. D. 41. 8., Papinian bezüglich des Titels pro empto. l. 3. D. 41. 8., und es ist auch diese Ansicht in die Institutionen übergegangen:

error autem falsae causae usucapionem non parit: veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat; vel, cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat. §. 11. J. 2. 6.

Es war jedoch diese Ansicht keine unbestrittene. Denn es sagt Julian:

si quis merces ex nave jactatas invenisset, num ideo usucapere non possit, quia non viderentur derelictae, quaeritur. l. 7. D. 41. 7.

und Ulpian:

Celsus libro trigesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse; nihil referre, emerit, nec ne, donatum sit, nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit. l. 27. D. 41. 3.

Auch wurde jener Grundsatz in gewisser Weise dadurch umgangen, daß man:

in den Fällen, wo ein wirklicher Titel fehlte, die Verjährung als pro suo oder pro soluto zuließ, wenn unter der falschen Voraussetzung, daß ein Titel vorhanden sei, übergeben wurde.

In diesem Sinne sagt Pomponius:

hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi; si nescio (mihi nihil debere), verius est, ut usucapiam; quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut

id, quod mihi traditum est, pro meo possideam; et ita Neratius scripsit, idque verum puto. l. 3. D. 41. 10.

quod legatum non sit, ab haerede tamen perperam traditum sit, placet, a legatario usucapi, quia pro suo possidet. l. 4. §. 2. l. c.

und Hermogenianus:

pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit; et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum, hoc titulo usucapi potest. l. 46. D. 41. 3.

Endlich wird auch gradezu der entgegengesetzte Grundsatz aufgestellt.

Von dem bezüglich des Titels pro suo geltenden Grundsatz macht Paulus eine Ausnahme beim Kauf, indem er meint:

contractus tempus inspicitur, et quo solvitur... nec potest pro emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in caeteris contractibus. l. 48. D. 41. 3. l. 2. D. 41. 4.

Hiergegen tritt Africanus auf und sagt:

quod vulgo traditum est, eum, qui existimat, se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait,

si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat;

nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur. l. 11. D. 41. 4.

Auch Neratius stellt dieselbe Ansicht auf:

Usucapio rerum etiam ex aliis causis concessa, interim propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset. §. 1. Sed id, quod quis, quum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio; quod tamen ita interpretandum est,

ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet,

veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum, aut ejus, cujus in locum haereditario jure successi, emisse id falso existimem; quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. l. 5. D. 41. 10.

Es wurde also auch der Grundsatz vertheidigt:

Auch wenn ein Titel nicht vorhanden ist, so kann doch Verjährung statt haben, wenn nur die bona fides eine gerechtfertigte ist.

2) Ob dagegen auch der Grundsatz Gültigkeit hatte:

das Nebeneinanderbestehen von titulus und bona fides

reicht nicht aus, sondern es muß außerdem die bona fides eine gerechtfertigte sein,

ist zu bezweifeln.

Es wird überall nur bona fides überhaupt gefordert:

qui bona fide .. cum crederet eum dominum esse .. emerit. pr. J. 2. 6.

si putem vendentis esse. l. 48. §. 1. D. 41. 1.

si a furioso, quem putem sanae mentis, emero. l. 2. §. 16. D. 41. 4.

und nur wirkliche mala fides als die Verjährung verhindernd erwähnt:

si quis cognoverit, esse rem alienam. l. 15. §. 2. D. 41. 3.

quotiens quis sciret, se bona fide non possidere. l. 33. §. 1. l. c.

si alienam rem esse sciam. l. 2. §. 13. D. 41. 4.

Es ist daher wahrscheinlich, daß die Römischen Juristen wenigstens in der Regel die bezüglich der ignorantia im Allgemeinen geltenden Grundsätze auf die Lehre von der bona fides bei der Verjährung nicht speziell in Anwendung brachten, also nur darauf reflektirten:

ob neben einem Titel überhaupt bona fides vorhanden war,

nicht auch darauf:

ob die bona fides auf einer ignorantia tolerabilis beruht, d. h. ob die bona fides eine gerechtfertigte ist.

Nur gelegentlich wird einmal in Bezug auf Verjährung gleichgestellt:

aut scit aut scire debet. l. 7. §. 2. D. 41. 4.

Bezüglich der in Rede stehenden Verjährung galt der Grundsatz:

neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse. l. 3. §. 19. D. 41. 2.

Es konnte also Niemand Eigenthum erwerben, welcher nicht auf Grund eines Eigenthumstitels besaß. Dagegen konnte ein ursprünglich zur Verjährung nicht Berechtigter auf Grund eines demnächst hinzutretenden Titels die Verjährung beginnen:

sed si is, qui apud me deposuit, vel commodavit, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem. l. 3. §. 20. D. 41. 2.

si colonus emerit fundum: incipiet pro emptore possidere. l. 33. §. 1. D. 41. 3.

Außer der bisher erörterten in gewissem Sinne gerechtfertigten guten Glauben erfordernden Verjährung gab es keine nur guten

Glauben erfordernde Verjährung. Erst Justinian führte diese Art der Verjährung ein:

si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit. l. 8. §. 1. C. 7. 39.

denn:

diese Verordnung hat man von jeher so verstanden, als sei hier unter bona fides keineswegs eine auf einem wirklichen (oder doch mit gutem Grunde vorausgesetztem) Rechtsgrunde beruhende redliche Meinung verstanden, sondern eben nichts weiter, als die redliche Meinung, wie sie ohne alle weitere Begründung und Rechtfertigung so lange vermuthet wird, bis das Gegentheil derselben dargethan wird. Unterholzner, Verjährung, §. 104.

Im Decretum Gratiani. C. 15. C. 16. qu. 4. heißt es daher:

si nullo titulo, bona tamen fide possederit.

Bei vorhandener mala fides (si mala fide eam adeptus est) blieb zwar der Eigenthumserwerb ausgeschlossen, indignus eo videatur, aber die bezüglichen Bestimmungen entsprechen nicht den richtigen Grundsätzen. Denn:

1) der malae fidei possessor konnte durch die exceptio triginta annorum die Eigenthumsansprüche abweisen; dadurch wurde das moralische Prinzip verletzt.
2) Auch kam es zu keiner Sicherheit des Eigenthums. Denn der malae fidei possessor galt nicht als Eigenthümer. Der wirkliche Eigenthümer aber konnte sein Eigenthumsrecht nur geltend machen, wenn die Sache aus dem Besitz dessen kam, dem die exceptio zustand, also entweder, wenn er selbst in Besitz kam:

   ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi acquirat,

oder wenn ein Dritter Besitzer wurde:

   sin vero nullum jus in eadem re habuit, tunc licentia sit priori domino, ab injusto detentore eam vindicare, non obstante ei, quod prior possessor triginta vel quadraginta annorum exceptione eum removerat. l. 8. §. 1. C. 7. 39.

Das A. L. R. ist frei von dem eben gerügten Mangel des Römischen Rechts, indem es gegen die Eigenthumsklage nicht die exceptio triginta annorum zuläßt, sondern die Eigenthumsklage nur ausschließt, wenn durch Verjährung Eigenthum übergegangen ist.

Im Uebrigen schließt es sich dem Römischen Recht an. Es wird jedoch das A. L. R. dadurch unklar, daß der Begriff des unredlichen Besitzers anders bestimmt ist, als im Römischen Recht.

Im Römischen Recht ist nämlich malae fidei possessor nur der Besitzer in bösem Glauben. Dem entsprechend wird auch bezüglich der Verjährung nur guter Glauben überhaupt erfordert.

Das A. L. R. aber achtet dem unredlichen Besitzer auch den Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben gleich. Ob und wieweit es aber bei der Verjährung den wirklichen bösen Glauben und den ungerechtfertigten guten Glauben gleichstellt, bleibt zweifelhaft.

Die dreißigjährige Verjährung wird nur ausgeschlossen, wenn:

die Unredlichkeit des Besitzes dargethan ist. §. 628. 1. 9.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß hier unter Unredlichkeit wirklicher böser Glauben zu verstehen ist.

Wenn daher das A. L. R. sagt:

§. 625. Wer zwar vollständiger redlicher Besitzer ist, aber keinen Titel seines Besitzes nachweisen kann, zu dessen Gunsten wird die Verjährung erst in dreißig Jahren vollendet,

so ist hier unter redlichem Besitzer der Besitzer in gutem Glauben, also auch der Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben gemeint.

Bezüglich der kürzeren Verjährung wird gesagt:

§. 579. Die Verjährung durch Besitz findet in allen Fällen statt, wo Jemand eine Sache aus einem Titel, der an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist, durch die in den Gesetzen bestimmte Frist ruhig und redlicher Weise besessen hat.

Der Unterschied zwischen der kürzeren und längeren Verjährung liegt also nur darin, daß erstere einen Titel, letztere keinen Titel erfordert; bezüglich der Redlichkeit wird dagegen kein Unterschied gemacht.

Hält man sich hieran, so muß man sagen:

auch die kürzere Verjährung erfordert nur guten Glauben überhaupt, nicht gerechtfertigten guten Glauben.

Man kann aber auch sagen:

der §. 579 spreche von einem titulirten redlichen Besitz. Nach §. 15. 1. 7. sei aber nur derjenige titulirte Besitz redlich, bei dessen Erwerb die schuldige Aufmerksamkeit bezüglich der Prüfung des Titels angewandt wurde, folglich müsse auch der §. 579 in dieser Weise verstanden werden, d. h. im Falle des ungerechtfertigten guten Glaubens findet, auch wenn ein Titel vorhanden ist, die kürzere Verjährung nicht statt. Bornemann II. 188. 179.

Es ergiebt sich also der Satz:

die kürzere Verjährung erfordert gerechtfertigten guten Glauben.

Es ist anzunehmen, daß bei Redaktion des A. L. R. dieser Zweifel nicht bemerkt worden ist. Man reflektirte nicht darauf, daß die Begriffsbestimmung des unredlichen Besitzes eine andere sei, als

im Römischen Recht, und beschränkte sich darauf, bei der Verjährung die Bestimmungen des Römischen Rechts wiederzugeben.

Soweit es sich also um Interpretation des A. L. R. handelt, ist anzunehmen:

> außer dem Titel ist nur guter Glauben überhaupt erforderlich.

Es ist also nicht, wie Bornemann will, dem bösen Glauben der ungerechtfertigte gute Glauben gleichzustellen:

> (wußte oder wissen mußte;
> wußte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht ignoriren konnte.

Bornemann II. 199. 200.)

Dafür sprechen auch die Worte des §. 579. Denn es wird daselbst nicht auf die Redlichkeit beim Erwerb, sondern auf die Redlichkeit während der Dauer des Besitzes Rücksicht genommen, also nur auf die nach §. 16. 1. 7. A. L. R. während der Dauer des Besitzes erforderliche Redlichkeit.

Nun heißt es zwar bezüglich der kürzeren Verjährung:

> §. 591. Wer den Besitz . . . unredlicher Weise erworben hat, kann niemals eine Verjährung durch Besitz anfangen.

Hier wird also von der Unredlichkeit beim Erwerb des Besitzes gehandelt, und es liegt nahe, auf die Bestimmung des §. 15. 1. 7. zurückzugehen, wonach auch der Besitzer in ungerechtfertigtem guten Glauben einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet wird, allein es ist anzunehmen, daß bei der Redaktion des A. L. R. nur an den Fall des wirklich bösen Glaubens gedacht worden ist.

Demnächst schließt sich das A. L. R. auch insofern dem Römischen Recht an, als es zur kürzeren Verjährung unbedingt einen Titel fordert, also Verjährung in kürzerer Zeit im Falle eines titulus putativus nicht zuläßt. Zweifelhaft aber ist wiederum, was das A. L. R. unter einem:

> Titel, der an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist,

versteht.

Man kann darunter verstehen:

> einen auf Eigenthumsübertragung gerichteten Titel,

oder:

> einen auf Eigenthumsübertragung gerichteten Titel, welcher Eigenthum gültig übertragen würde, wenn der Veräußernde Eigenthümer wäre oder Eigenthum veräußern könnte. Bornemann II. 181.

Nimmt man Ersteres an, so wird zur kürzeren Verjährung nur überhaupt ein Eigenthumstitel erfordert, und die Bestimmung bezüglich der längeren Verjährung:

> §. 628. Dagegen schadet der Nachweis, daß die Besitzneh-

mung ursprünglich auf den Grund eines zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titels geschehen sei, der Verjährung nur insofern, als dadurch zugleich die Unredlichkeit des Besitzes dargethan ist.

hat dann nur den Sinn:

Wer eine Sache auf Grund eines nicht auf Eigenthumsübertragung gerichteten Titels besitzt, dies aber nicht weiß, kann durch dreißigjährigen Besitz als Eigenthümer Eigenthum erwerben. Es findet aber kein Eigenthumserwerb statt, wenn der Besitzer überführt wird, daß er den Titel seines Besitzes kennt.

In Konsequenz dieser Ansicht heißt es I. 21.:

§. 95. Hat jedoch ein Nießbraucher seinen Willen, die Sache als Eigenthümer zu besitzen, durch öffentliche Handlungen geäußert, und der Eigenthümer hat bei dieser ihm bekannt gewordenen Aeußerung durch rechtsverjährte Zeit sich beruhigt, so hat der Nießbraucher das Eigenthumsrecht durch Verjährung erworben.

§. 97. Auch kann derjenige, welchem der Nießbrauch zuerst eingeräumt worden, diese Verjährung gegen den Eigenthümer niemals anfangen, sondern dieselbe findet nur zu Gunsten seines Nachfolgers, soweit er in gutem Glauben ist, Anwendung.

und I. 20.:

§. 250. Der Pfandgläubiger selbst kann eine Verjährung zum Erwerbe des Eigenthums des Pfandes niemals anfangen.

§. 251. Wohl aber kann dies von seinen Erben geschehen, wenn die übrigen Erfordernisse der Verjährung bei ihnen vorhanden sind. (Tit. 7. §§. 40. 41. 42.)

Nimmt man dagegen die andere Alternative an, so hat der §. 628. den Sinn:

Wer eine Sache auf Grund eines auf Eigenthumsübertragung gerichteten Titels besitzt, welcher, wenn der Veräußernde Eigenthum besäße oder Eigenthum veräußern könnte, doch nicht Eigenthum übertragen würde, der kann Eigenthum durch dreißigjährige Verjährung erwerben. Es findet aber kein Eigenthumserwerb statt, wenn der Besitzer überführt wird, daß er die Mängel des Titels kennt.

Ob man die eine oder die andere Auslegung anzunehmen hat, das ist aus den Worten nicht zu entscheiden. In einem anderen Falle, wo das A. L. R. einen an sich gültigen Titel meint, bezeichnet es diesen als einen:

an sich rechtsgültigen Titel zur Erwerbung des Eigenthums. §§. 18. 21. I. 10.

Man kann also sagen, da es im §. 579. I. 9. nicht von einem an sich rechts=

gültigen, sondern von einem an sich geschickten Titel spricht, so meint es auch nicht einen an sich rechtsgültigen Titel.

Man kann aber auch sagen, wenn das A. L. R. nur einen Eigenthumstitel überhaupt meinte, würde es auch nur von einem auf Eigenthumserlangung gerichteten Titel, nicht von einem an sich zur Eigenthumserlangung geschickten Titel sprechen.

Das Wahrscheinlichste ist auch hier, daß die Redaktoren des A. L. R. sich die Sache nicht klar gemacht und deshalb auch sich unklar ausgedrückt haben.

Auf einer solchen unklaren Auffassung scheint auch zu beruhen der bezüglich der längeren Verjährung ausgesprochene Satz I. 9.:

> §. 627. Der Nachweis, daß der Verjährende die Sache als sein eigen in Besitz genommen und besessen habe, ist dazu nothwendig.

Denn wäre dieser Satz richtig, so müßte der Verjährende, obwohl er nicht verpflichtet ist, einen Titel seines Besitzes anzugeben, doch den Anfang seines Besitzes nachweisen. Es könnte also keine Verjährung eintreten, wenn der Anfang des Besitzes nicht nachweisbar wäre. Dadurch würde in den meisten Fällen die Verjährung unmöglich gemacht werden. Denn wer keinen Titel seines Besitzes nachweisen kann, wird auch meistens den Anfang des Besitzes nicht darthun können.

Es fehlt auch an jedem Grunde, einen solchen Nachweis zu fordern. Es genügt vollständig, wenn der gegenwärtige Besitzer darthut, daß er seit dreißig Jahren die Sache als sein Eigenthum besitzt. Ob er diesen Nachweis dadurch führt, daß er bis zum Anfang des Besitzes zurückgeht, oder in anderer Weise, das muß gleichgültig sein.

Das O. G. B. folgt im Wesentlichen dem A. L. R. Es sagt:

1) bezüglich der Redlichkeit:

   a) bei der kürzeren Verjährung:

      der Besitz muß redlich sein. §§. 1463. 1460.

Es verweist dabei ausdrücklich auf §. 326., wonach unredlicher Besitzer derjenige ist:

> welcher weiß oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die in seinem Besitz befindliche Sache einem Andern zugehöre.

Danach wäre anzunehmen, daß die kürzere Verjährung im Falle des ungerechtfertigten guten Glaubens ausgeschlossen sein solle. Es ist jedoch zu bezweifeln, ob, dies zu bestimmen, in der Absicht des O. G. B. liegt.

   b) bei der längeren Verjährung wird gesagt:

      die gegen ihn erwiesene Unredlichkeit schließt aber auch in diesem längeren Zeitraum die Verjährung aus. §. 1477.

Hier ist unter Unredlichkeit jedenfalls nur wirklicher böser Glauben gemeint.

2) bezüglich des Titels sagt es:

a) bei der kürzeren Verjährung:

daß sein Besitz rechtmäßig sei. §. 1460.

Dies wird dahin bestimmt:

§. 1461. Jeder Besitz, der sich auf einen solchen Titel gründet, welcher zur Uebernahme des Eigenthums, wenn solches dem Uebergeber gebühret hätte, hinlänglich gewesen wäre, ist rechtmäßig und zur Ersitzung hinreichend.

Diese Fassung läßt dieselben Zweifel zu, wie die des A. L. R. Dagegen ergeben die folgenden Beispiele:

dergleichen sind z. B. das Vermächtniß, die Schenkung, das Darleihen, der Kauf und Verkauf, der Tausch, die Zahlung u. s. w., daß nur ein auf Eigenthumsübertragung überhaupt gerichteter Titel gemeint ist, und zwar reicht auch der titulus pro soluto (die Zahlung) aus.

Liegt kein solcher Titel vor, so bleibt die kürzere Verjährung ausgeschlossen. Denn es heißt weiter:

§. 1462. Verpfändete, geliehene, in Verwahrung, oder zur Fruchtnießung gegebene Sachen können von Gläubigern, Entlehnern und Verwahrern oder Fruchtnießern aus Mangel eines rechtmäßigen Titels niemals ersessen werden.

b) Bei der längeren Verjährung wird dagegen gesagt:

§. 1477. Wer die Ersitzung auf einen Zeitraum von 30 bis 40 Jahren stützt, bedarf keiner Angabe eines rechtmäßigen Titels.

Wird er eines unrechtmäßigen Titels überführt, so kommt es darauf an, ob er dadurch der Unredlichkeit überführt ist.

Der Code Napoléon folgt:

1) bezüglich der kürzeren Verjährung unbeweglicher Sachen dem Römischen Recht, indem er bestimmt:

Art. 2265. Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par dix ans et par vingt ans.

Es wird also erfordert:

a) ein Titel:

à titre de propriétaire. Art. 2229.

Dabei wird gesagt:

Art. 2230. On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé, qu'on a commencé à posséder pour un autre.

und:

Art. 2231. Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire.

Was die Veränderung des Titels anbelangt, so gilt im Allgemeinen der Satz:

Art. 2240. On ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession.

und in Folge dessen:

Art. 2236. Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit. Ainsi, le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire.

Es wird jedoch die Ausnahme gemacht:

si le titre de leur possession se trouve interverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire. Art. 1238.

b) Es wird nur guter Glauben überhaupt erfordert, denn es heißt:

Art. 550. Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices.

Außerdem verjährt die rei vindicatio in dreißig Jahren. Art. 2262.

2) Bezüglich beweglicher Sachen findet, soweit eine Vindikation überhaupt zulässig ist, nur eine Verjährung der Vindikation statt:

peut la revendiquer pendant trois ans. Art. 2279.

Im Falle der Verjährung der Vindikation ist nicht zulässig:

l'exception déduite de la mauvaise foi. Art. 2262.

Es gilt dabei das bezüglich des Römischen Rechts bemerklich Gemachte.

Es ist die Frage aufgeworfen worden:

Ob die kürzere Verjährung einen formell gültigen Titel erfordere?

Diese Frage läßt unklar, was eigentlich gemeint ist. Es erfordern nämlich einerseits bestimmte Rechtsgeschäfte zu ihrer Gültigkeit eine bestimmte Form, so nach dem A. L. R. alle Verträge, deren Gegenstand über 50 Thaler beträgt, in der Regel schriftliche Form; andererseits ist bezüglich der Rechtsgeschäfte bestimmter Personen, z. B. der Schreibensunkundigen, verheiratheten Frauen die Beobachtung einer bestimmten Form vorgeschrieben.

Aus der Frage ist nicht zu ersehen, ob unter dem Ausdruck „formell gültiger Titel" nur die im Allgemeinen bezüglich des Rechtsgeschäfts vorgeschriebene Form oder die im konkreten Falle zur Gültigkeit des Geschäfts erforderliche Form gemeint ist.

Ist man sich dieses Unterschiedes bewußt und geht man von

richtigen Grundsätzen bezüglich der Verjährung aus, so ist eine Beantwortung jener Frage nicht zweifelhaft.

Die kürzere Verjährung erfordert gerechtfertigten guten Glauben beim Erwerb des Besitzes. Der gute Glauben ist gerechtfertigt, wenn bei Prüfung der Gültigkeit des Titels die schuldige Aufmerksamkeit angewandt wurde. Ist dies geschehen, so ist es völlig gleichgültig, aus welchem Grunde der Titel ungültig ist. Es ist der Mangel der Form nicht anders zu behandeln, wie jeder andere Mangel, aus welchem der Titel ungültig ist.

Ist dagegen der gute Glauben nicht gerechtfertigt, sei es weil der Verjährende bei Prüfung der Gültigkeit des Titels die schuldige Aufmerksamkeit nicht anwandte oder weil er aus Rechtsunwissenheit den ungültigen Titel für gültig hielt, so ist die kürzere Verjährung ausgeschlossen.

Es ist also gar nicht entscheidend, ob der Titel formell gültig ist oder nicht, sondern ob der gute Glauben gerechtfertigt ist oder nicht.

Die Gesetzbücher gehen jedoch von den richtigen Grundsätzen nicht aus, und daher entstehen die Zweifel bei Beantwortung jener Frage.

Bezüglich des Römischen Rechts hat jene Frage keine wesentliche Bedeutung, einestheils deshalb, weil zur Gültigkeit der meisten Rechtsgeschäfte keine besondere Form erfordert wurde, andererseits, weil die kürzere Verjährung auch im Falle des titulus pro suo, pro soluto zulässig war.

Nur bezüglich des titulus pro legato scheint man ursprünglich die in den Gesetzen bestimmte Form für wesentlich gehalten zu haben. Denn es heißt:

> si non jure legatum relinquatur, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit. l. 9. D. 41. 8.

Auch blieb die Bestimmung bestehen, daß Niemand die kürzere Verjährung auf ein durch die Gesetze verbotenes Rechtsgeschäft gründen dürfe:

> Cum itaque contra juris rationem res jure dominii teneas . . longi temporis praescriptione petitorem submoveri non posse, manifestum est. l. 4. C. 7. 71.

Erheblich wurde jene Frage erst im Preußischen Recht, weil das A. L. R. zur Gültigkeit der meisten Rechtsgeschäfte eine bestimmte Form erfordert.

Das A. L. R. entscheidet jene Frage nicht ausdrücklich, und auch die Worte:

> ein Titel, der an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist,

geben keine Aufklärung; es ist daher nicht zu verwundern, daß jene Frage in ganz verschiedenem Sinne beantwortet wird. Nimmt

man, wie Bornemann, an, der gute Glauben müsse gerechtfertigt sein, so muß man folgern: die bezüglich des Rechtsgeschäfts allgemein erforderliche Form (in thesi) muß vorhanden sein. Was die in concreto erforderliche Form anbelangt, so kann man nicht sagen:

jeder Irrthum bezüglich der Thatsachen, von denen die Form des Vertrages abhängt, sei gleichgültig. Bornemann II. 181.

sondern man muß auch hier den Grundsatz anwenden:

der verschuldete Irrthum verhindert das Eintreten der kürzeren Verjährung. Bornemann II. 188.

Bezüglich des O. G. B. ist jene Frage von geringer Erheblichkeit, einerseits weil es bezüglich der meisten Geschäfte keine bestimmte Form erfordert, anderntheils weil es den Titel pro soluto zuläßt.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 2267. Le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans.

Unter titre nul par défaut de forme ist nur ein solcher Titel zu verstehen, bezüglich dessen eine bestimmte Form sous peine de nullité verordnet ist (vgl. Art. 931.).

Was die zur Verjährung erforderliche Zeit anbelangt, so war dieselbe in den zwölf Tafeln bezüglich unbeweglicher Sachen auf zwei, bezüglich beweglicher Sachen auf ein Jahr bestimmt. Gajus II. 42. II. 54. Ulpian XIX. 8. pr. J. 2. 6.

Später wurde bezüglich der kürzeren Verjährung bei beweglichen Sachen ein dreijähriger, bei unbeweglichen Sachen unter Anwesenden ein zehnjähriger, unter Abwesenden ein zwanzigjähriger Besitz erfordert. pr. J. 2. 6.

Zur längeren Verjährung war mindestens ein Besitz von dreißig Jahren erforderlich. l. 8. §. 1. C. 7. 39.

Nach dem A. L. R. ist der Zeitraum bei der kürzeren Verjährung allgemein ein zehnjähriger (§. 620. 1. 9.), jedoch so, daß gegen denjenigen, welcher sich außerhalb der Provinz befindet, jedes Jahr Abwesenheit nur für sechs Monate gerechnet wird. §. 621. sq.

Die längere Verjährung erfordert mindestens dreißig Jahre. §. 625.

Das O. G. B. läßt die kürzere Verjährung zu:

1) bei beweglichen Sachen im Falle eines dreijährigen Besitzes. §. 1466.
2) bei unbeweglichen Sachen im Falle einer dreijährigen Eintragung. §. 1467.

Ausnahmsweise wird sechsjähriger Besitz resp. Eintragung erfordert. §. 1472.

Wo noch keine ordentliche Bücher eingeführt sind oder wenn die Sache auf den Namen desjenigen, der die Besitzrechte ausübt, nicht eingetragen ist, wird ein dreißigjähriger Zeitraum erfordert. §. 1468.

Zur längeren Verjährung werden mindestens 30 Jahre erfordert. §. 1477.

Der Codé Napoléon läßt bezüglich beweglicher Sachen die Eigenthumsklage in drei, Art. 2279., alle übrigen nicht speziell ausgenommenen Klagen in dreißig Jahren verjähren, Art. 2262. Die kürzere Verjährung bei einem immeuble erfordert zehn Jahre im Falle der Anwesenheit dans le ressort de la cour royal. Im Falle der Abwesenheit tritt Verdoppelung für jedes Jahr der Abwesenheit ein. Art. 2265. 2266.

Das dritte Erforderniß ist rechtliches Stillschweigen des Eigenthümers.

Es erfolgt kein Erwerb durch Verjährung, wenn der Eigenthümer sein Eigenthumsrecht vor Ablauf der Verjährungszeit gegen den Verjährenden im Wege Rechtens gehörig geltend macht. Vgl. §. 318.

§. 314.

Wer in Folge eines Rechtsirrthums in gutem Glauben besitzt, kann durch die längere, nicht durch die kürzere Verjährung erwerben.

Im Römischen Recht wird ausdrücklich gesagt, daß Rechtsirrthum bezüglich der kürzeren Verjährung nicht als bona fides gilt:

> nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest. l. 31. pr. D. 41. 3.
>
> juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse. l. 4. D. 22. 6.

namentlich also:

> si scias pupillum esse, putes tamen, pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia juris error nulli prodest. l. 2. §. 15. D. 41. 4.

Bezüglich der längeren Verjährung enthält das Römische Recht keine Bestimmung. Es ist jedoch angenommen, daß auch im Falle der ignorantia juris Verjährung zulässig ist.

Das A. L. R. erwähnt bei der Lehre von der Verjährung den Rechtsirrthum nicht. Dagegen wird bei der Lehre vom Besitz gesagt 1. 7.:

> §. 14. Wer aus Unwissenheit der Gesetze in der Gültigkeit seines Besitztitels irrt, wird, wo nicht besondere Ausnahmen gemacht sind, einem unredlichen Besitzer gleich geachtet.

Weder bei der kürzeren noch bei der längeren Verjährung wird eine besondere Ausnahme gemacht, dessenungeachtet ist anzunehmen,

daß Rechtsirrthum nur die kürzere Verjährung ausschließt, weil nur diese einen Titel erfordert, und es nur darauf ankommt, ob bezüglich des Titels guter oder böser Glauben vorhanden ist.

Bezüglich der längeren Verjährung schließt nur wirkliche Unredlichkeit den Erwerb aus. §. 628. 1. 9.

Das O. G. B. enthält dieselbe Ansicht.

Nur bezüglich der kürzeren Verjährung wird rechtmäßiger Besitz erfordert, bezüglich der längeren nur redlicher Besitz, und es wird gesagt:

> Aus Irrthum in Thatsachen oder aus Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften kann man ein unrechtmäßiger und doch ein redlicher Besitzer sein. §. 326.

Nur erwiesene Unredlichkeit des Besitzers schließt die längere Verjährung aus. §. 1477.

Der Code Napoléon erfordert für die kürzere Verjährung der Immobilien einen juste titre, und schließt die kürzere Verjährung aus im Falle eines titre nul par défaut de forme. Art. 2267.

Danach ist anzunehmen, daß Rechtsirrthum die kürzere Verjährung ausschließt.

Bei der Klageverjährung kommt es auf bona fides gar nicht an.

α. Unterbrechung der Verjährung durch bösen Glauben.

§. 315.

Wenn der Besitzer vor Ablauf der Verjährungszeit die Widerrechtlichkeit seines Besitzes kennt, so kann er durch Verjährung nicht erwerben.

Im Römischen Recht galt der Grundsatz:

> si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, perseverat per longum tempus capio. l. 48. §. 1. D. 41. 1.

und zwar in dem Sinne:

> possessionis, non contractus initium, quo ad usucapionem pertinet, inspici placet. l. 44. §. 2. D. 41. 3.

Nur beim Kauf mußte sowohl zur Zeit des Vertragsabschlusses als zur Zeit der Uebergabe bona fides vorhanden sein:

> in caeteris causis solutionis tempus inspicitur; . . . in emptione autem et contractus tempus inspicitur, et quo solvitur. l. 48. l. c.
>
> in caeteris contractibus sufficit traditionis tempus . . . at in emptione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur; igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse. l. 2. pr. D. 41. 4.

Ein haltbarer Grund für diese Bestimmung scheint nicht vorhanden gewesen zu sein. Anscheinend könnte er darin liegen, weil der Kauf als Konsensualvertrag schon durch den Abschluß des Vertrages vollgültig wurde, die übrigen Verträge, wodurch Eigenthum übertragen wurde, aber als Realverträge erst durch traditio. Allein darin lag der Grund nicht, denn auch aus Stipulationen entstand eine vollgültige Obligation und doch wird gesagt:

si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si, cum traditur mihi, existimem illius esse. eod. l. c.

Als Grund wird angegeben:

quia concessum est stipulari rem, etiam quae promissoris non sit. l. 15. §. 3. D. 41. 3.

Dieser Grundsatz paßt auch für den Kauf.

Es scheint daher auch, daß einzelne Juristen den Kauf nicht anders behandelten als die übrigen Verträge, denn es wird gesagt:

si aliena res bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an traditionis. Et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectantium. l. 10. pr. l. c.

Hier wird offenbar nur die Alternative in Frage gestellt, ob emptionis initium oder traditionis initium zu berücksichtigen und für letzteres entschieden, also nicht, daß emptionis et traditionis initium maaßgebend sei.

Nur in einem ganz besonderen Falle scheint auch während der Verjährungszeit eine gewisse Redlichkeit erfordert worden zu sein. Es galt der Grundsatz:

si ancillam furtivam emisti bona fide, et quod ex ea natum apud te conceptum est, ita possedisti, ut intra constitutum usucapioni tempus cognosceres, matrem ejus furtivam esse, Trebatius omnimodo, quod ita possessum esset, usucaptum esse. l. 4. D. 41. 10.

Gegen diesen Grundsatz bemerkt Pomponius:

Ego sic puto distinguendum, ut:

1) si nescieris intra statutum tempus, cujus id mancipium esset,
2) aut si scieris, neque potueris certiorem dominum facere,
3) aut si potueris quoque, et feceris certiorem,

usucaperes; sin vero, cum scires, et posses, non feceris certiorem, contra esse.

Pomponius fordert also, daß derjenige, welcher den Eigenthümer einer gestohlenen ancilla während der Verjährungszeit kennen lernt, mit einer gewissen Redlichkeit gegen denselben verfahre. Thut er dies nicht, dann soll angenommen werden, er verheimliche den Besitz:

tum clam possedisse videberis;
wer aber heimlich besitzt, der kann nicht pro suo usucapiren:

neque idem et pro suo et clam possidere potest. eod. l. c.

Abgesehen von diesem Falle galt der auch von Justinian ausgesprochene Grundsatz:

non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia. l. un C. 7. 31.

Die Worte:

si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit. l. 8. §. 1. C. 7. 39.

si quis alienam rem mobilem bona fide per triennium tenuerit. l. un. C. 7. 31.

wollen also nicht sagen, daß vom Anfang des Besitzes an und die Verjährungszeit hindurch bona fides erforderlich sei, sondern nur, daß beim Anfang des Besitzes bona fides vorhanden sein müsse:

hoc tantummodo observando, ut ab initio eam bona fide capiat. l. un. l. c.

daher der Gegensatz ist:

si vero mala fide eam adeptus est. l. 8. §. 1. C. 7. 39.

Erst das kanonische Recht verordnete:

ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae. cap. 26. X. 2. 26.

Das A. L. R. hat diese Ansicht aufgenommen.

Die Worte:

durch die bestimmte Frist redlicher Weise besessen. §. 579. 1. 9.

geben zwar nur die Worte wieder:

si quis bona fide per triennium tenuerit;

sie enthalten also keine direkte Entscheidung, aber es wird außerdem verordnet:

§. 611. Außergerichtliche Handlungen unterbrechen die Verjährung durch Besitz nur insofern, als sie den Besitzer von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes überführen.

Dabei ist zwar vorzugsweise wohl nur an Handlungen gedacht, welche vom Eigenthümer ausgehen, die Absicht des Gesetzes aber ist, zu bestimmen:

Die Zulässigkeit des Erwerbes durch Verjährung hört auf sobald mala fides während der Verjährungszeit eintritt;

denn in diesem Falle wird der Besitz in einen unredlichen Besitz umgewandelt §. 17. 1. 7., und sogar die erlöschende Verjährung wird durch eintretende Unredlichkeit ausgeschlossen. §. 569. 1. 9.

Auch ist nicht zu bezweifeln, daß, obwohl §. 611. seiner Stellung nach sich nur auf die kürzere Verjährung bezieht, er doch auch bezüglich der längeren Verjährung in Anwendung zu bringen ist.

Welche Ansicht im O. G. B. gilt, ist nicht deutlich zu ersehen. Es sagt bezüglich der kürzeren Verjährung nur:

der Besitz muß redlich sein. §. 1463.

und bezüglich der längeren:

die gegen ihn erwiesene Unredlichkeit des Besitzes schließt aber auch in diesem längeren Zeitraum die Ersitzung aus. §. 1477.

Bei der Lehre von der Unterbrechung der Verjährung erwähnt es mala fides superveniens nicht, sondern nur Anerkenntniß des Rechts des Andern:

§. 1497. Die Ersitzung . . wird unterbrochen, wenn derjenige, welcher sich auf dieselbe berufen will, vor dem Verlaufe der Verjährungszeit ausdrücklich oder stillschweigend das Recht des Andern anerkannt hat.

Der Code Napoléon sagt geradezu:

il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition. Art. 2269.

Nur Anerkenntniß, reconnaissance, gilt als Unterbrechung:

Art. 2248. La prescription est interrompue par la reconnaissance que . . le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait.

β. Durch Verlust des Besitzes.

§. 316.

Wenn der Besitz während der Verjährungszeit unterbrochen wird, so findet kein Erwerb durch Verjährung statt.

Das Römische Recht erfordert fortdauernden Besitz.

In diesem Sinne wird gesagt:

in usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur. l. 31. §. 1. D. 41. 3.

longi temporis praescriptio his, qui bona fide acceptam possessionem et continuatam tenuerunt, solet patrocinari. l. 2. C. 7. 33.

und bei vierzigjähriger Verjährung:

per quadraginta jugiter annos.

und:

quadraginta annorum jugis possessionis exceptio. l. 14. C. 11. 61. und allgemein:

omisisse videri possessionem, et ideo usucapionem interruptam. l. 5. D. 41. 6.

Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur; quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio sed adversus omnes; nec eo casu quid-

quam interest, is, qui usurpaverit, dominus sit, nec ne
Ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa. l. 5. D. 41. 3.

Usurpatio est usucapionis interruptio. l. 2. l. c.

Sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit; ideoque longi temporis praescriptio non durabit. l. 21. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 9.:

§. 601. Was den Besitz unterbricht, das unterbricht auch die darauf sich gründende Verjährung;

jedoch mit der Maßgabe:

§. 602. Hat jedoch Jemand den Besitz einer Sache, die er verlassen hatte, noch ehe dieselbe von einem Andern in Besitz genommen worden, wieder ergriffen, so wird die Zwischenzeit, wo die Sache in Niemandes Besitz gewesen ist, von der Verjährungsfrist nicht abgerechnet.

Das O. G. B. fordert:

daß der Besitz durch die ganze von dem Gesetze bestimmte Zeit fortgesetzt werde. §. 1460.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 2229. Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue.

Art. 2242. La prescription peut être interrompue ou naturellement ou civilement.

Art. 2243. Il y a interruption naturelle, lorsque le possesseur est privé pendant plus d'un an de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers.

Kürzere Unterbrechungen werden also nicht beachtet.

§. 317.

Die von einem Besitzer angefangene Verjährung wird von dem nachfolgenden Besitzer, auf welchen der Besitz auf eine rechtliche Art übergeht, fortgesetzt, sofern auch der nachfolgende Besitzer sich in gutem Glauben befindet.

Im Römischen Recht kam die accessio possessionis zuerst zur Anwendung bei der Universalsuccession.

Bezüglich der haeredes sui wurde angenommen:

etiam vivo patre quodammodo domini existimant .

Daher sagte man:

in suis haeredibus evidentius apparet continuationem, do-

minii eo rem perducere, ut nulla videatur haereditas fuisse, quasi olim hi domini essent . . . Itaque post mortem patris non haereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. l. 11. D. 28. 2.

und:

in suis haeredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure haeredes existunt. l. 14. D. 38. 16.

Es wird zwar hier nur von einer continuatio dominii gesprochen. Die Glosse nimmt jedoch an, daß auch der Besitz ohne Weiteres auf den haeres suus überging. cf. Glosse zu §. 30. D. 4. 6.

In allen Fällen, in welchen eine aditio haereditatis zum Erwerb nöthig war, galt zwar auch der Grundsatz:

possessio defuncti quasi juncta descendit ad haeredem. l. 30. pr. D. 4. 6.

jedoch mit folgenden Maßgaben:

1) die angefangene Verjährung konnte auch vor dem Antritt der Erbschaft vollendet werden:

coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam haereditatem impleri, constitutum est. l. 40. D. 41. 3.

Die l. 45. §. 1. l. c. sagt nur in Bezug auf den Anfang der Verjährung:

usucapionis primordium erit tempus haereditatis aditae.

2) War dies nicht der Fall, so konnte der Erbe die Verjährung nur fortsetzen, wenn er den Besitz erlangte, denn es galt der Grundsatz:

cum haeredes instituti sumus, adita haereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet. l. 23. pr. D. 41. 2.

und zwar konnte eine Fortsetzung statthaben, so lange noch kein Dritter den Besitz ergriffen hatte:

possessio testatoris ita haeredi procedit, si medio tempore a nullo possessa est. l. 20. D. 41. 3.

Auch der Erbe des Erben konnte in dieser Weise den Besitz fortsetzen:

Etiam haeredi ulteriori defuncti possessio proderit, quamvis medius haeres possessionem ejus nactus non sit. l. 2. §. 18. D. 41. 4.

Dabei wurde die Zeit, während welcher kein Besitz statt hatte, in die Verjährungszeit mit eingerechnet:

vacuum tempus, quod ante aditam haereditatem, vel post aditam intercessit, ad usucapionem haeredi procedit. l. 31. §. 5. D. 41. 3.

nondum aditae haereditatis tempus usucapioni datum est, sive ... sive defunctus usucapere coeperat. l. 44. §. 3. l. c.

Es wird zwar auch gesagt:

Post mortem ejus, qui hominem emerit, expleto tempore, quod defuisset ad usucapionem, quamvis eum hominem haeres possidere non coepisset, fiet tamen ejus; sed ita hoc, si nemo eum possedisset. l. 6. §. 2. D. 41. 4.

allein entweder ist hier der Fall gemeint, wenn die usucapio vor Antritt der Erbschaft vollendet wurde, oder es wird hier die von Ulpian widerlegte Ansicht aufgestellt:

quaesitum est, si haeres prius non possiderat, an testatoris possessio ei accedat. Et quidem in emtoribus possessio interrumpitur, sed non idem in haeredibus plerique probant, quoniam plenius est jus successionis quam emtionis.

Dagegen sagt Ulpian:

sed subtilius est, quod in emptorem, et in haeredem id quoque probari. l. 13. §. 4. D. 41. 2.

in Anwendung des Grundsatzes:

accessiones in eorum persona locum habent, qui habent propriam possessionem; caeterum accessio nemini proficit, nisi ei, qui ipse possedit. l. 13. §. 12. l. c.

Nach denselben Grundsätzen fand eine continuatio possessionis statt, wenn der Stellvertreter des Besitzers starb:

si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio (et) retineretur, et contineretur; quo mortuo non statim dicendum, eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem adipisci neglexerit. Aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit; sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in haereditate coloni manserit. l. 40. §. 1. l. c.

Bei einer Fortsetzung des Besitzes hinderte mala fides des Erben die Fortsetzung der Verjährung nicht:

continuatione non impedietur haeredis scientia. l. 43. D. 41. 3.

si defunctus bona fide emit, usucapietur res, quamvis haeres scit, alienam esse. Hoc et in bonorum posses-

sione et in fideicommissariis, quibus ex Trebelliano restituitur haereditas, caeterisque praetoriis successoribus observatum est. l. 2. §. 19. D. 41. 4.

Hatte dagegen der Erblasser den Besitz noch nicht gehabt, so entschied nur der Anfang des Besitzes:

haeres ejus, qui bona fide rem emit, usu non capiet, si modo ipsi possessio tradita sit. l. 43. l. c.

Demnächst wurde auch im Falle einer Singularsuccession eine accessio possessionis anerkannt, und zwar:

1) bezüglich des Legatars.

Es wird gesagt:

sed et legatario dandam accessionem ejus temporis, quo fuit apud testatorem, sciendum est. An haeredis possessio ei accedat, videamus; et puto, sive pure, sive sub conditione fuerit relictum, dicendum esse, id temporis, quo haeres possedit ante existentem conditionem vel restitutionem rei, legatario proficere; testatoris autem semper proderit legatario, si legatum vere fuit, vel fideicommissum. l. 13. §. 10. D. 41. 2.

In re legata, in accessione temporis, qua testator possedit, legatarius quodammodo quasi haeres est. l. 14. §. 1. D. 41. 3.

2) Bezüglich der Rechtsgeschäfte unter Lebenden wird von den Verträgen erwähnt:

a) die emptio:

emptori tempus venditoris ad usucapionem procedit. l. 2. §. 20. D. 41. 4.

Eum, qui in locum emptoris successit, . . uti posse . . . et longae possessionis praescriptione, si utriusque possessio impleat tempora constitutionibus statuta. l. 76. §. 1. D. 18. 1.

b) die donatio:

sed et is, cui res donata est, accessione utetur ex persona ejus, qui donavit. l. 13. §. 11. D. 41. 2.

Ganz allgemein heißt es endlich:

De accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus; consistunt enim in sola aequitate.

Plane tribuuntur his, qui in locum aliorum succedunt sive ex contractu, sive voluntate; haeredibus enim et his, qui successorum loco habentur, datur accessio testatoris. l. 14. pr. §. 1. D. 44. 3.

Auch in den Fällen der Singularsuccession verhinderte die mala fides des successor nicht die Vollendung der Verjährung.

Justinian sagt ausdrücklich:

> ut in omnibus justo titulo possessionis antecessoris justa detensio non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. l. un. C. 7. 31.

Das A. L. R. verordnet 1. 9.:

> §. 613. Jeder Nachfolger im Besitz, er sei Erbe oder nicht, kann die Verjährung seines Vorfahren fortsetzen, insofern er nur selbst ein redlicher Besitzer ist.
>
> §. 616. Dem Erben, welcher die Verjährung des Erblassers fortsetzt, kommt bei Berechnung des Zeitraums auch die gesetzliche Ueberlegungsfrist zu statten.

Das O. G. B. sagt:

> §. 1493. Wer eine Sache von einem rechtmäßigen und redlichen Besitzer redlich übernimmt, der ist als Nachfolger berechtigt, die Ersitzungszeit seines Vorfahrers mit einzurechnen . . . Bei einer Ersitzung von dreißig oder vierzig Jahren findet diese Einrechnung auch ohne einen rechtmäßigen Titel . . . Statt.

Der Code Napoléon sagt:

> Art. 2235. Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux.

Daß eine mala fides des Nachfolgers die Verjährung verhindere, wird nicht gesagt, ist auch nicht anzunehmen, weil überhaupt mala fides superveniens die Verjährung nicht verhindert.

γ. Durch Klage und Protestation.

§. 318.

In Folge rechtlicher in Anspruchnahme wird der Erwerb durch Verjährung ausgeschlossen:

1) durch Anmeldung der Eigenthumsklage,
2) durch Einlegung einer gerichtlichen Protestation in den gesetzlich zulässigen Fällen

vor Ablauf der Verjährungsfrist, sofern darauf eine Bekanntmachung an den Besitzer erfolgt.

Im Römischen Recht war entscheidend die litis contestatio vor Ablauf der Verjährungsfrist.

Die Vollendung der usucapio wurde zwar durch litis contestatio nicht verhindert:

non interpellari usucapionem meam litis contestatione l. 2. §. 21. D. 41. 4.

aber:

Si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit. l. 18. D. 6. 1.

si post litem contestatam usucepit possessor. l. 17. §. 1. l. 21. l. c.

so mußte doch der Besitzer die Sache zurückgeben:

debet eum tradere. l. 18. l. c.

Die longi temporis praescriptio wurde dagegen durch die litis contestatio unterbrochen:

Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio post moram litis contestatae completa proficit, cum post motam controversiam in praeteritum aestimetur. l. 10. C. 7. 33.

Auch die bezüglich der längeren Verjährung gebrauchten unbestimmten Ausdrücke:

antea motae actiones. l. 3. C. 7. 39.

per solam conventionem. l. 7. pr. l. c.

sind von den litis contestatio zu verstehen. Vergl. Unterholzner, Verjährung. Anm. 426.

Außer der Anstellung der Klage konnte eine plenissima interruptio in bestimmten Fällen durch eine Protestation vor dem praeses provinciae, dem episcopus oder defensor civitatis, oder cum tabulariorum subscriptione oder cum trium testium subscriptione bewirkt werden. l. 2. C. 7. 40.

Das A. L. R. verordnet 1. 9.:

§. 603. Durch Anmeldung der Klage, oder durch Einlegung einer gerichtlichen Protestation wird die Verjährung durch Besitz insofern unterbrochen, als darauf eine Bekanntmachung an den Besitzer erfolgt.

§. 604. Daß zwischen dem Zeitpunkt der Anmeldung und der wirklich erfolgten Bekanntmachung die Verjährungsfrist abgelaufen ist, kommt dem Besitzer nicht zu statten.

§. 607. Ist hingegen die Klage oder Protestation dem Besitzer einmal gehörig bekannt gemacht worden, so kann dieser die dadurch unterbrochene Verjährung niemals wieder anfangen.

§. 608. In Fällen, wo die Gesetze statt der gewöhnlichen Vorladung, Ediktalcitation zulassen, vertritt letztere auch hier die Stelle der Bekanntmachung.

Das O. G. B. läßt Unterbrechung eintreten:

wenn der Verjährende von dem Berechtigten vor dem Verlauf der Verjährungsfrist belangt und die Klage gehörig fortgesetzt wird. §. 1497.

Welcher Moment des Prozesses entscheidet, ist aus dem Wort „belangt" nicht zu entnehmen.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 2244. Une citation en justice, un commandement ou une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forment l'interruption civile.

Entscheidend ist der Tag der Citationsverfügung:

la citation . . . du jour de sa date. Art. 2245. 2246.

Außergerichtliche Handlungen unterbrechen die Verjährung nicht, namentlich also im Römischen Recht nicht die:

denuntiatio. §. 13. D. 41. 4.

und nach dem A. L. R. keine Art außergerichtlicher Handlungen, §. 611. 1. 9., namentlich nicht bloße Pfändungen. §. 612. l. c.

Auch Geltendmachung des Eigenthums im Wege der Einrede gilt nicht als Unterbrechung. Unterholzner, §. 128.

Wenn der Kläger vor Ablauf der Verjährungszeit nicht eine Eigenthumsklage anstellt, sondern nur wegen Störung des Besitzes klagt, so kann dies nur die Wirkung haben, daß die Entscheidung bezüglich des Besitzes auf den Moment der Insinuation zurückbezogen wird, und also der Besitzer nicht verjähren kann, wenn er auf Grund des Besitzstreites außer Besitz gesetzt wird.

Wird dagegen der Kläger mit der Besitzklage abgewiesen, so ist die Klage ohne allen Einfluß auf die Verjährung.

Ich glaube daher, daß kein Grund vorliegt:

die Zeitausfälle, welche der Besitzstreit gekostet hat, abzurechnen. Unterholzner, §. 125.

und daß auch die Bestimmung des A. L. R. unrichtig ist:

§. 609. Uebrigens macht es keinen Unterschied, ob die Klage oder Protestation bloß gegen den Besitzstand oder auch gegen das Besitzrecht selbst gerichtet ist.

b. Erwerb von Grundgerechtigkeiten durch Verjährung.

α. Gewöhnliche Verjährung.

§. 319.

Eine Grundgerechtigkeit wird durch Verjährung erworben, wenn der Eigenthümer des einen Grundstücks sie gegen den Eigenthümer des andern Grund=

stücks dreißig Jahre hindurch in gutem Glauben ausübt. Im Falle des gerechtfertigten guten Glaubens genügt eine zehnjährige Ausübung.

Nach den in die Römischen Gesetzbücher aufgenommenen Stellen gab es nur eine Art der Verjährung. Es heißt:

Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario. l. 10. pr. D. 8. 5.

Sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine, velut jure impositam servitutem videatur. l. 1. §. 23. D. 39. 3.

Si quis servitutem jure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest. l. 5. §. 3. D. 43. 19.

Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per judicem exercere non prohiberis. Is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet. l. 1. C. 3. 34.

Diese Stellen ergeben:

1) ein titulus wurde nicht erfordert, sondern nur Ausübung der Servitut;
2) auch bona fides war nicht erforderlich, dagegen durfte die Ausübung nec vi, nec clam, nec precario erfolgen. Anstatt dieses Ausdrucks heißt es an einer Stelle:

   Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti. l. 2. l. c.

Es ist anzunehmen, daß damit nicht etwas von den übrigen Stellen Abweichendes bestimmt werden sollte; eo sciente soll heißen „nicht clam". Unterholzner, §. 212.

Auch die Stelle:

Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit. l. 25. D. 8. 6.

ist nicht dahin zu verstehen, daß bona fides erforderlich sei, es ist nur gemeint:

die Ausübung muß in der Meinung, daß eine Servitut ausgeübt werde, erfolgen;

daher heißt es im Gegensatz:

ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit.

3) Zweifelhaft ist, was man unter longa quasi possessio, longa consuetudo, longi temporis consuetudo zu verstehen. Nach Unterholzner, §. 199. gilt auch hier der Satz:

longum autem tempus, exemplo longae praescriptionis, decennii inter praesentes, et inter absentes vicennii computatur.

Welche Aenderungen durch Justinian und das kanonische Recht herbeigeführt wurden, kann unerörtert bleiben.

Das A. L. R. wendet dieselben Grundsätze an, wie beim Erwerb von Eigenthum, es stellt gleich den Erwerb:

einer Sache oder eines Rechts, §§. 579. 580. 627. 1. 9.

Die Bestimmung 1. 22.:

§. 14. Bei dieser Erwerbungsart muß besonders nachgewiesen sein, daß der Besitzer des berechtigten Grundstücks die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen habe,

ist nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes:

es muß aus der Erklärung des Handelnden oder aus den Umständen die Meinung desselben, daß ihm ein solches fortdauerndes Recht wirklich zustehe, deutlich erhellen. §. 82. 1. 7.

Das O. G. B. verordnet:

§. 1469. Dienstbarkeiten und andere auf fremdem Boden ausgeübte besondere Rechte werden, wie das Eigenthumsrecht, von demjenigen, auf dessen Namen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, binnen drei Jahren ersessen. (Ausnahmsweise sechs Jahre, §. 1472.)

§. 1470. Wo noch keine ordentlichen öffentlichen Bücher bestehen, oder ein solches Recht denselben nicht einverleibt ist, kann es der redliche Inhaber erst nach dreißig Jahren ersitzen.

Der Code Napoléon bestimmt zunächst:

Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme: telles sont les conduites d'eau, les égoûts, les vues, et autres de cette espèce. Art. 688.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Art. 689.

und verordnet dann:

Art. 690. Les servitudes continues et apparentes

s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans.

Bezüglich der Grundgerechtigkeiten, welche den Nutzungsertrag des belasteten Grundstücks schmälern und gleichwohl durch keine in die Augen fallende Kennzeichen oder Anstalten angedeutet werden, enthält das A. L. R. noch eine eigenthümliche deren Erwerb erschwerende Bestimmung I. 22.:

§. 24. Nach Verlauf zweier Jahre von Publikation dieses Landraths kann eine solche Grundgerechtigkeit durch Verjährung nicht mehr anders erworben werden, als wenn letztere gegen eben denselben Besitzer des belasteten Grundstückes angefangen und vollendet worden.

β. Ungewöhnliche.

§. 320.

Eine Grundgerechtigkeit, welche nicht alljährlich ausgeübt werden kann, wird durch Verjährung nur erworben, wenn in drei hinter einander folgenden Fällen, in welchen die Ausübung erfolgen konnte, die Ausübung wirklich erfolgt ist und seit dem ersten Falle ein vierzigjähriger Zeitraum verstrichen ist.

Nach der gewöhnlichen Meinung erfordern im Römischen Recht die servitutes discontinuae unvordenklichen Besitz. Unterholzner, §§. 141. 142.

Das A. L. R. dagegen sagt I. 9.:

§. 649. Wenn Rechte, welche nicht alljährlich oder gewöhnlich, sondern nur in gewissen Jahren oder bei gewissen Gelegenheiten benutzt werden können, wenigstens zu drei verschiedenen Malen ausgeübt worden, so werden sie durch einen Besitz von vierzig Jahren erworben.

§. 650. Dieser Zeitraum wird von dem Tage an gerechnet, darin dergleichen Rechte zum ersten Male ausgeübt worden.

§. 651. Wird eine Gelegenheit nachgewiesen, bei welcher das Recht ausgeübt werden konnte und die Ausübung dennoch unterblieben ist, so ist auch diese Art der Verjährung für unterbrochen zu achten.

Es wird jedoch die Maßgabe hinzugefügt:

§. 653. Hat jedoch derjenige, welcher des Rechts sich anmaßt, bei der unterlassenen Ausübung ausdrücklich erklärt, daß er dieselbe nicht aus Mangel der Befugniß, sondern nur aus Gunst und Nachsicht gegen den Verpflichteten unterlasse, so ist die Verjährung nicht für unterbrochen zu achten, sondern ein dergleichen Fall wird für einen solchen, der sich gar nicht ereignet hat, angesehen.

Davon:

daß zwischen dem ersten und letzten Akt der Ausübung ein vierzigjähriger Zeitraum liegen müsse, Bornemann II. 206.

sagt das Gesetz nichts, es ist dies eine rein willkürliche Annahme.

Das O. G. B. sagt daher auch:

§. 1471. Bei Rechten, die selten ausgeübt werden können, z. B. bei dem Recht eine Pfründe zu vergeben, oder Jemanden bei Herstellung einer Brücke zum Beitrage anzuhalten, muß derjenige, welcher die Ersitzung behauptet, nebst einem Verlaufe von dreißig Jahren, zugleich erweisen, daß der Fall zur Ausübung binnen dieser Zeit wenigstens drei Mal sich ergeben und er jedes Mal dieses Recht ausgeübt habe.

Der Code Napoléon sagt:

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées: tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables. Art. 688.

Les servitudes non apparentes sont celles, qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée. Art. 681.

und verordnet dann:

Art. 691. Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres.

Erwerb durch Verjährung ist also ausgeschlossen.

Dagegen wird ferner bestimmt:

La possession même immemoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

2. Erlöschende Verjährung.

a. Aufhebung bestehender Verpflichtungen durch Verjährung.

α. Der Grundgerechtigkeiten.

αα. Aufhebung.

ααα. Gewöhnliche Verjährung.

§. 321.

Eine Grundgerechtigkeit, welche dreißig Jahre hindurch nicht ausgeübt wird, wird durch Verjährung aufgehoben.

Das Römische Recht sagt:

Haec autem jura (scil: praediorum urbanorum) similiter ut rusticorum quoque praediorum non utendo pereunt. l. 6. D. 8. 2.

per tempus servitus amittitur. l. 17. D. 8. 6.

censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio (quia tantummodo soli rebus annexae sunt), sed decennio contra praesentes, vel viginti annorum contra absentes, differentiis explosis. l. 13. C. 3. 34.

Das A. L. R. schließt die Verjährung eingetragener Grundgerechtigkeiten aus, §. 49. 1. 22. und bestimmt 1. 22.:

§. 50. Grundgerechtigkeiten, deren Eintragung nicht nothwendig ist, erlöschen mittelst der Verjährung durch Nichtgebrauch, wenn sie nicht eingetragen worden;

und zwar:

in dreißig Jahren. §. 546. 1. 9.

Das O. G. B. sagt:

§. 1479. Alle Rechte gegen einen Dritten, sie mögen den öffentlichen Büchern einverleibt sein oder nicht, erlöschen also in der Regel längstens durch den dreißigjährigen Nichtgebrauch oder durch ein so lange Zeit beobachtetes Stillschweigen.

§. 524. Die Servituten erlöschen im Allgemeinen auf diejenigen Arten, wodurch nach dem dritten und vierten Hauptstücke des dritten Theils Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt aufgehoben werden.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 706. La servitude est éteinte par le non usage pendent trente ans.

§. 322.

Bei Grundgerechtigkeiten, welche zu ihrer Ausübung keine menschliche Handlung erfordern, beginnt die Nichtausübung von dem Augenblick an, in welchem der Eigenthümer des dienenden Grundstücks eine der Servitut widersprechende Handlung vornimmt.

Das Römische Recht sagt bezüglich der servitutes praediorum urbanorum:

non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. l. 6. pr. D. 8. 2.

aedificio meo me posse consequi, ut libertatem usucaperem. l. 7. l. c.

libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur... natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet. l. 32. §. 1. l. c.

libertatem servitutum usucapi posse verius est . . . itaque si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus. l. 4. §. 29. D. 41. 3.

Si cum jus haberes immittendi, vicinus statuto tempore aedificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere potueris, non ideo magis servitutem amittes, quia non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem aedium suarum, qui jus tuum non interpellavit. l. 18. §. 2. D. 8. 6.

Das A. L. R. enthält zunächst allgemeine Vorschriften über den Verlust des Besitzes von Rechten, namentlich, daß der Besitz eines negativen und Untersagungsrechts dadurch verloren geht, daß das entgegengesetzte Recht in Besitz genommen wird. §§. 127. 128. I. 7. Demnach verordnet es speziell:

Grundgerechtigkeiten, durch welche der Nutzungsertrag des belasteten Grundstücks nicht geschmälert wird, erlöschen vermittelst der Verjährung durch Nichtgebrauch. §. 17. 50. I. 22.

Grundgerechtigten, deren Dasein aus einer zu ihrer Aus-

übung in der belasteten Sache vorhandenen fortwährenden Anlage von einem Jeden erkannt werden kann, erlöschen durch Verjährung, wenn die Anstalt oder Anlage, aus welcher ihr Dasein ersichtlich war, weggeschafft worden. §. 50. 16. l. c.

§. 51. Doch nimmt in letzterem Falle die Verjährung erst von demjenigen Zeitpunkte, wo ausgemittelt ist, daß die Anlage nicht mehr vorhanden gewesen sei, ihren Anfang.

und ferner 1. 9.:

§. 543. Gegen Rechte, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, fängt die Verjährung erst von der Zeit an, da sich eine solche Gelegenheit ereignet hat.

§. 545. Gegen andere Rechte fängt die Verjährung von dem Tage an, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte.

Hieraus ergiebt sich:

1) Von dem Augenblick an, wo die Ausübung möglich war und unterbleibt, beginnt die Verjährung durch bloßen Nichtgebrauch.
2) Wenn die Servitut durch eine Anlage im dienenden Grundstück erkennbar ist, muß außerdem die Wegschaffung der Anlage hinzutreten.
3) Bei Untersagungsrechten ist eine Nichtausübung nur dann anzunehmen, wenn der Eigenthümer des dienenden Grundstücks eine Handlung, welcher der Berechtigte wegen der Grundgerechtigkeit widersprechen konnte, ohne Widerspruch des Berechtigten unternimmt. §. 81. 1. 7.

Das O. G. B. bestimmt allgemein:

§. 1488. Das Recht der Dienstbarkeit wird durch den Nichtgebrauch verjährt, wenn sich der verpflichtete Theil der Ausübung der Servitut widersetzt, und der Berechtigte durch drei auf einander folgende Jahre sein Recht nicht geltend gemacht hat.

Es fordert also allgemein einen Widerspruch des Verpflichteten (usucapio libertatis). Deshalb ist auch die Frist nach Analogie der Ersitzung verkürzt.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 707. Les trente ans commencent à courir selon les diverses espèces de servitudes:

1) ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, d. h. qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées. Art. 688.
2) ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes conti-

nues, d. h. dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme. Art. 688.

βββ. Ungewöhnliche.

§. 323.

Grundgerechtigkeiten, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, gehen durch Nichtgebrauch verloren, wenn in drei hinter einander folgenden Fällen die Ausübung derselben unterblieben ist, und seit der ersten unterlassenen Ausübung ein dreißigjähriger oder längerer Zeitraum verstrichen ist, ohne daß eine Ausübung stattgefunden hat.

Das A. L. R. sagt allgemein 1. 9.:

§. 543. Gegen Rechte, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, fängt die Verjährung erst von der Zeit an, da sich eine solche Gelegenheit ereignet hat.

§. 544. Auch müssen, wenn solche Rechte durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen sollen, seit dem Anfange der Verjährung wenigstens noch zwei Gelegenheiten, wo die Ausübung des Rechts hätte stattfinden können, vorgekommen sein.

Daß die drei Fälle innerhalb eines Zeitraums von dreißig Jahren vorgekommen sind, ist nicht nöthig.

Das O. G. B. dagegen verordnet:

§. 1484. Zur Verjährung solcher Rechte, die nur selten ausgeübt werden können, wird erfordert, daß während der Verjährungszeit von dreißig Jahren von drei Gelegenheiten, ein solches Recht auszuüben, kein Gebrauch gemacht worden sei.

ββ. Einschränkung.

§. 324.

Eine ungetheilt über einen bestimmten Raum sich erstreckende Grundgerechtigkeit, sowie eine Grundgerechtigkeit, welche in verschiedener Weise ausgeübt werden kann, geht nur dadurch verloren, daß sie in gar

keinem Theile des Raumes oder gar nicht ausgeübt wird.

Das Römische Recht verordnet daher bezüglich der servitutes praediorum, und zwar:

1) der über einen gewissen Raum sich erstreckenden:

aqua, si in partem aquagii influxit, etiam si non ad ultima loca pervenit, omnibus tamen partibus usurpatur. l. 9. D. 8. 6.

is, qui per partem itineris it, totum jus usurpare videtur. l. 8. §. 1. l. c.

Qui latiore via vel angustiore usus est, retinet servitutem, sicuti qui aqua, ex qua jus habet utendi, alia mixta usus est, retinet jus suum. l. 9. §. 1. D. 8. 5.

Es wird namentlich gesagt:

Una est via, etsi per plures fundos imponatur, cum una servitus sit. Denique quaeritur, an, si per unum fundum iero, per alium non, per tantum tempus, quanto servitus amittitur, an retineam servitutem? Et magis est, ut aut tota amittatur, aut tota retineatur, ideoque si nullo usus sum, tota amittitur, si vel uno, tota servatur. l. 18. D. 8. 3.

Wenn:

is fundus, qui servierit, ita divisus est,

nämlich:

inter socios regionibus,

d. h. wenn die Servitut über die Grundstücke verschiedener Eigenthümer geht, wird die Sache so angesehen, als ob:

ab initio duobus fundis duae servitutes injunctae fuissent, ut altera retineri, altera non utendo possit deperire. l. 6. §. 1. D. 8. 6.

2) bezüglich der in verschiedener Art auszuübenden Servituten:

qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non periisse actum, sed manere, Sabinus, Cassius, Octavenus ajunt; nam ire quoque per se eum posse, qui actum haberet. l. 2. l. c.

Labeo ait, si is, qui haustum habet, per tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem, nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse. l. 17. l. c.

weil in letzterem Falle das Gehen nur Mittel zum Zweck ist, nicht eine besondere Weise der Ausübung der Servitut.

Ebenso wurde eine nur in bestimmter Weise bestehende Servitut:

qui nocturnam aquam habet. l. 10. §. 1. l. c.

qui certis horis aquaeductum habens. eod. l. c.

is, cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur. l. 11. pr. l. c.

dadurch nicht erhalten, daß sie in anderer Weise ausgeübt wurde.

Wenn Bornemann meint:

Der starren Verstandskonsequenz und dem jus srictum ist diese Annahme allerdings gemäß, vor der Vernunft dürfte sie sich aber schwerlich rechtfertigen lassen, und bei uns nicht zu befolgen sein. II. 128.

so kann ihm nicht beigetreten werden. Wer etwas ganz Anderes thut, als wozu er berechtigt ist, übt nicht sein Recht auf unzulässige Weise aus, sondern maßt sich ein ganz anderes Recht an.

Das A. L. R. sagt ganz allgemein 1. 9.:

§. 570. Wer einen Theil seines Rechts ausübt, der erhält dadurch das gänze Recht.

und:

§. 572. Kann ein Recht auf mancherlei Art ausgeübt werden, so wird der Besitzer desselben dadurch, daß er sich bisher nur Einer Art der Ausübung bedient hat, in seinem Rechte nicht eingeschränkt.

Bei diesen Bestimmungen hat das A. L. R. namentlich an die Fälle gedacht, in welchen es sich um Berechtigungen gegen Grundeigenthümer handelt. Es sagt daher speziell:

§. 573. Ein Recht in einem fremden Grundstücke geht in Ansehung des Ganzen dadurch nicht verloren, daß die Ausübung desselben bisher nur auf einem gewissen Theile geschehen ist.

Das O. G. B. sagt:

§. 1482. Auf gleiche Weise wird derjenige, welcher ein Recht auf einem fremden Grunde in Ansehung des Ganzen oder auf verschiedene beliebige Arten ausüben konnte, bloß dadurch, daß er es durch noch so lange Zeit nur auf einem Theile des Grundes oder nur auf eine bestimmte Weise ausübte, in seinem Rechte nicht eingeschränkt.

§. 325.

In einem solchen Falle kann jedoch der Umfang oder die Weise der Ausübung der Grundgerechtigkeit durch Verjährung eingeschränkt werden, wenn der Verpflichtete der Ausübung in weiterem als einem bestimmten Umfange oder in anderer als einer bestimmten Art widerspricht und der Berechtigte sich dabei während der Verjährungszeit beruhigt.

In einem solchen Falle wird also der Umfang, die Art der Berechtigung durch Verjährung bestimmt.

Daher sagt das A. L. R. 1. 9.:

§. 574. Soll in beiden Fällen (§§. 572. 573.) der Berechtigte in der Art der Ausübung oder in Ansehung des Bezirks, worauf sie stattfindet, durch Verjährung eingeschränkt werden, so muß der Verpflichtete oder ein Dritter den Besitz eines Untersagungsrechts gegen ihn besonders erlangt und sich dabei durch die Verjährungsfrist behauptet haben.

und das O. G. B.:

Die Beschränkung muß durch Erwerbung oder Ersitzung des Untersagungs- oder Hinderungsrechts bewirkt werden. §. 1482.

β. Der dinglichen Verpflichtungen.

αα. Aufhebung.

§. 326.

Der Eigenthümer einer Sache, an welcher eine nicht eingetragene dingliche Verpflichtung haftet, wird durch Verjährung frei von der Verpflichtung, wenn die Berechtigung dreißig Jahre hindurch gegen den Eigenthümer der Sache nicht ausgeübt wird.

Das Römische Recht bestimmt:

1) bezüglich des ususfructus:

placet, usumfructum non utendo amitti. l. 25. l. 28. D. 7. 4.

Das Recht ging verloren:

non utendo, si per annum vel biennium forsitan eundem usumfructum non petierit usufructuarius. l. 16. pr. C. 3. 33.

Dagegen wurde darüber gestritten, ob auch die persönliche Klage aus dem Titel des ususfructus verjähre:

si personalis actio tollatur, altercantibus.

de personali autem actione, quae super usufructu nascitur, sive in stipulationem ususfructus deductus sit, sive ex testamento relictus dubitabatur . . . eod. l. c.

Justinian verordnete:

non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere . . . sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat, dum vivit, intactum.

Nur die Ausnahme machte er:

nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. l. 16. §. 1. l. c.

Justinian änderte also nicht allein die Zeit, sondern auch die Weise (den modus) der Verjährung, daher heißt es in den Institutionen:

finitur usufructus non utendo per modum et tempus. §. 3. J. 2. 4.

Der modus folgte aus der Eigenthümlichkeit der longi temporis praescriptio. Der Besitzer mußte die Sache, frei vom ususfructus, bona fide und justo titulo erworben haben.

Demnächst konnte auch die exceptio triginta annorum entgegengesetzt werden.

2) Ob auch der usus verjährte, ist bestritten. Unterholzner, Verjährung. §. 227.

3) Das Pfandrecht als dingliches Recht konnte ebenfalls nur durch:

praescriptio longae possessionis a possessore. l. 12. l. 5. §. 1. D. 44. 3.

beseitigt werden, demnächst auch durch die praescriptio triginta annorum:

eodem etiam (jure) in ejus valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. l. 3. pr. C. 7. 39.

cum notissimi juris sit, actionem hypothecariam in extraneos quidem suppositae rei detentatores triginta annorum finiri spatiis. l. 7. pr. l. c.

Das A. L. R. sagt allgemein I. 9.:

Rechte auf fremdes Eigenthum können in der Regel durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen. §. 508.

und verweist:

1) bezüglich des Nießbrauchs auf die allgemeinen Vorschriften. §. 184. I. 21.

2) Bezüglich des Pacht- und Miethrechts enthält das A. L. R. keine bezügliche Bestimmung. Es wird auch eine Verjährung des Pacht- und Miethrechts als dinglichen Rechts kaum vorkommen, einestheils deshalb, weil die Dinglichkeit schon in Folge des Verlustes des Besitzes verloren geht, anderntheils weil nach Verlauf einer dreißigjährigen Zeit ein kontraktliches Pacht- und Miethrecht in der Regel nicht mehr bestehen wird. Es könnte dies nur der Fall sein, wenn auf längere Zeit als auf dreißig Jahre verpachtet, und das Pachtrecht dreißig Jahre hindurch nicht geltend gemacht worden wäre. Man würde in einem solchen Falle annehmen

müssen, das Pachtrecht selbst sei verjährt, wie im Falle des §. 509. 1. 9. das Recht, jährliche Leistungen und Abgaben zu fordern.

3) Bezüglich des Pfandrechts:

Zunächst sagt das A. L. R. 1. 20.:

§. 246. So lange hingegen das Pfand als ein solches sich noch im Besitz des Gläubigers befindet, kann das Pfandrecht desselben durch keine Verjährung verloren gehen.

Demnächst bestimmt es bezüglich der Verjährung der dinglichen Klage des Pfandgläubigers:

§. 244. Der Gläubiger verliert sein Pfandrecht, wenn er den Besitz des Pfandes verloren und sein Recht zur Rückforderung desselben innerhalb der gesetzmäßigen Frist nicht ausgeübt hat.

Das O. G. B. sagt allgemein:

Zur eigentlichen Verjährung ist der bloße Nichtgebrauch eines Rechtes, das an sich schon hätte ausgeübt werden können, durch dreißig Jahre hinlänglich. §. 1478.

§. 1479. Alle Rechte gegen einen Dritten erlöschen also in der Regel längstens durch den dreißigjährigen Nichtgebrauch oder durch ein so lange Zeit beobachtetes Stillschweigen.

Bezüglich des Pfandrechts sagt es:

§. 1483. So lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann ihm die unterlassene Ausübung des Pfandrechts nicht eingewendet und das Pfandrecht nicht verjährt werden.

Mit dem Verlust des Besitzes tritt die gewöhnliche Verjährung ein.

Der Code Napoléon bestimmt:

1) bezüglich des usufruit, usage und habitation:

Art. 617. L'usufruit s'éteint par le non-usage du droit pendant trente ans.

Art. 625. Les droits d'usage et d'habitation se perdent de la même manière que l'usufruit.

2) bezüglich des Pfandrechts gilt der Satz:

Art. 2180. Les privilèges et hypothèques s'éteignent par la prescription. Quant aux biens qui sont dans les mains d'un tiers détenteur, elle lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit: dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour où il a été transcrit sur les registres du conservateur.

ββ. Einschränkung.

§. 327.

Der räumliche Umfang eines Gebrauchs- und Nutzungsrechts an einem Grundstücke und die Weise der Ausübung eines Gebrauchs- und Nutzungsrechtes kann durch Verjährung eingeschränkt werden, wenn der dinglich Verpflichtete der Ausübung in weiterem als bestimmtem Umfange oder in anderer als einer bestimmten Art widerspricht und der Berechtigte sich dabei dreißig Jahre hindurch beruhigt.

Nach Römischem Recht wurde bezüglich des ususfructus unterschieden:

a) die nur auf einem Theil der Sache erfolgende Ausübung des ususfructus hatte den Verlust des ususfructus auf dem andern Theil der Sache zur Folge:

Ususfructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui, et legitimo tempore similiter amitti potest. l. 5. pr. D. 7. 1.

Placet vel certae partis vel pro indiviso usumfructum non utendo amitti. l. 25. D. 7. 4.

b) Wenn Jemand nur das Recht des usus ausübte, so kam es darauf an, in welcher Meinung er dies that:

Et si quidem sciens, se usumfructum habere, tantum uti velit, nihilominus et frui videtur, si vero ignoret, puto eum amittere fructum; non enim ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere. l. 20. l. c.

Das A. L. R. enthält nur die schon erwähnten Bestimmungen der §§. 570. 572–574. I. 9.

Bornemann meint, diese Bestimmungen seien auf Realservituten zu beschränken, II. 132. Dieser Annahme steht zunächst die ganz allgemeine Fassung der gedachten Paragraphen entgegen. Demnächst sind auch die von Bornemann angegebenen Gründe nicht zutreffend. Es ist keineswegs nothwendig:

daß immer ein der usucapio libertatis nahe kommendes factum contrarium des Eigenthümers vorliege;

denn es kann sehr wohl der Fall vorkommen, daß auch der Eigenthümer die Nutzungen nicht gezogen hat.

Auch der aus der Untheilbarkeit der Grundgerechtigkeiten entnommene Grund beweist nichts. Denn auch Grundgerechtigkeiten

sind nach dem A. L. R. in der in den §§. 572. 573. 574. angegebenen Weise theilbar, und die zu entscheidende Frage ist eben:

ob auch Nutzungsrechte nur in dieser Weise durch Verjährung theilbar sind, oder einfach durch Nichtausübung auf einem Theile der Sache.

Es ist eine unmotivirte Unterscheidung, zu sagen, der sein Nießbrauchsrecht nur auf einem Theil der Sache Ausübende:

übe nicht einen Theil seines Rechts, sondern ein davon verschiedenes geringeres selbstständiges Recht aus.

Endlich kann auch aus dem Ausdruck:

Rechte in einem fremden Grundstück,

keine Entscheidung genommen werden. Einerseits enthält §. 573. nur eine Anwendung des allgemeinen Satzes §. 570. Andererseits kann daraus, daß das Nießbrauchsrecht:

nicht ein bloßes Recht in einem Grundstück ist,

sondern:

auch zu gewissen Dispositionen in dem Grundstück selbst berechtigt. II. 133.

nicht gefolgert werden, daß deshalb §. 573. auf das Nießbrauchsrecht nicht anwendbar sei.

Daß das Recht:

von dem Grundstück eines Andern Leistungen oder Abgaben zu fordern,

nicht unter jene Bestimmungen fällt, ist richtig, weil ein solches Recht ein Forderungsrecht, kein Nutzungsrecht ist.

Nur soviel kann demnach nachgegeben werden, daß bei Abfassung der §§. 570. sq. vornämlich an Grundgerechtigkeiten gedacht ist, dagegen fehlt es an ausreichenden Gründen, anzunehmen, jene Bestimmungen seien nur auf Grundgerechtigkeiten zu beziehen. Sie gelten vielmehr in gleicher Weise wie bezüglich aller Realservituten, namentlich also auch der in einem Gebrauchs- oder Nutzungsrecht bestehenden Realservituten, so auch bezüglich der einer Person zustehenden dinglichen Nutzungsrechte.

In gleicher Weise hat das O. G. B. die Sache aufgefaßt, indem es §. 1482. ganz allgemein sagt:

Recht auf einem fremden Grunde.

Nicht außer Acht zu lassen ist jedoch, daß es sich nur um die Verjährung der dinglichen Verpflichtung handelt.

Die Verjährung der persönlichen Verpflichtung erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen über Verjährung persönlicher Verpflichtungen.

Der Code Napoléon enthält keine spezielle Bestimmung.

γ. Der Ansprüche aus persönlichen Verpflichtungen.

αα. Arten der Verjährung.

ααα. Gewöhnliche.

§. 328.

Alle Ansprüche aus persönlichen Verpflichtungen erlöschen durch Verjährung, wenn der Berechtigte von dem Augenblick an, in welchem der Anspruch eingeklagt werden konnte, dreißig Jahre verstreichen läßt, ohne den Anspruch durch Klage geltend zu machen.

Im Römischen Recht waren alle Klagen aus persönlichen Verpflichtungen ursprünglich unverjährbar:

> neque mutui, neque commodati, aut depositi, seu legati, vel fideicommissi, vel tutelae, seu alii cuilibet personali actioni longi temporis praescriptionem objici posse, certi juris est. l. 5. C. 7. 35.

namentlich auch die Klage des Verpfänders gegen den Pfandgläubiger auf Rückgabe des Pfandes:

> nec creditores adversus debitores . . . longi temporis praescriptione muniri possunt. l. 10. C. 4. 24.

nämlich nach erfolgter Tilgung der Schuld:

> reddita jure debiti quantitate, vel, his non accipientibus, oblata et consignata et deposita. eod. l. c.

Später aber wurde allgemein verordnet:

> in rem speciales ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. l. 3. pr. C. 7. 39.
>
> Jubemus, omnes personales actiones, quas verbosa quorundam interpretatio extendere extra metas triginta annorum conabatur, triginta annorum spatiis concludi. l. 1. §. 1. C. 7. 40.

Nur die Ausnahme galt:

> Quamobrem jubemus hypothecarum persecutionem, quae rerum movetur gratia vel apud debitores consistentium vel apud debitorum haeredes, non ultra quadraginta annos, ex quo competere coepit, prorogari. l. 7. §. 1. C. 7. 39.
>
> sola hypothecaria (actione) quadraginta annorum utente curriculis. l. 1. §. 1. C. 7. 40.

Das A. L. R. bestimmt I. 9.:

§. 502. Soll durch Verjährung ein Recht verloren gehen und der Verpflichtete von der daraus fließenden Verbindlichkeit

frei werden, so ist in der Regel der Nichtgebrauch des Rechts dazu hinreichend.

§. 508. Persönliche Rechte an einen Andern können in der Regel durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen.

und zwar:

wenn die Gesetze nicht ausdrücklich eine andere Frist bestimmen. in einem Zeitraum von dreißig Jahren. §. 546.

Namentlich verjährt auch das Recht des Pfandgläubigers zur Rückforderung des Pfandes, wenn er den Besitz desselben verloren hat:

auch in Ansehung des Schuldners selbst und seiner Erben. §. 245. I. 20.

mit Ablauf dieser Frist.

Das O. G. B. sagt:

Zur eigentlichen Verjährung aber ist der bloße Nichtgebrauch eines Rechtes, das an sich schon hätte ausgeübt werden können, durch dreißig Jahre hinlänglich. §. 1478..

§. 1479. Alle Rechte gegen einen Dritten erlöschen also in der Regel längstens durch den dreißigjährigen Nichtgebrauch oder durch ein so lange Zeit beobachtetes Stillschweigen;

namentlich also auch das Recht des Pfandgläubigers, das aus seinem Besitz gekommene Pfand zu fordern.

Bezüglich des Pfandrechts sagt das O. G. B. noch speziell:

Das Recht des Schuldners, sein Pfand einzulösen, bleibt unverjährt. §. 1483.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 2262. Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre.

und:

Art. 2180. Les priviléges et hypothèques s'éteignent par la prescription. La prescription est acquise au débiteur, quant aux biens, qui sont dans ses mains, par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque ou le privilége.

Die Verjährung beginnt zu laufen:

nach Römischem Recht von der Zeit:

ex quo jure competere coeperunt actiones. l. 3. C. 7. 39.

namentlich also:

post conditionis exitum vel post institutae diei certae vel incertae lapsum. l. 7. §. 4. l. c.

nach dem A. L. R. I. 9.:

von dem Tage an, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte. §. 545.
nach dem O. G. B. von dem Augenblicke an, wo das Recht: an sich schon hätte ausgeübt werden können. §. 1478.
nach dem Code Napoléon vom Tage, wo die Anstellung der Klage möglich war, namentlich also nicht vor dem Augenblick:
que la condition arrive im Falle einer créance qui dé pend d'une condition,
que le jour soit arrivé im Falle einer créance à jour fixe. Art. 2257.
Nur die Anstellung der Klage verhindert die Vollendung der Verjährung.
Nach dem Römischen Recht verhinderte nur die litis contestatio die Verjährung:
quae ergo antea non motae sunt actiones. l. 3. C. 7. 39.
si non interruptum erit silentium, ut lege cautum est, id est etiam per solam conventionem. l. 7. pr. l. c. d. h.:
per litis contestationem. l. 7. §. 5. l. c.
nicht die Anstellung der Klage. Unterholzner, Verjährung. §. 1. 4.
nach dem A. L. R. schon die Anmeldung der Klage. §. 551. 1. 9.
nach dem O. G. B.:
wenn er von dem Berechtigten belangt wird. §. 1497.
nach dem Code Napoléon:
la citation en conciliation du jour de sa date. Art. 2245.
la citation en justice. Art. 2246.

ββ. Ungewöhnliche.

§. 329.

In bestimmten kürzeren Fristen verjähren:
1) Geldforderungen aus bestimmten Geschäften des bürgerlichen Verkehrs,
2) Rückstände bedungener Zinsen und anderer in regelmäßig wiederkehrenden Terminen zu entrichtenden Abgaben und Zahlungen.

Der Code Napoléon hat diese in kürzeren Fristen verjährenden Ansprüche Art. 2271—2277. zusammengestellt.
Namentlich erwähnt er:
les intérêts des sommes prêtées, et généralement tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts. Art. 2277.

Das Gesetz vom 31. März 1838 schließt sich dem Code Napoléon an, enthält jedoch die letztere Beschränkung nicht, sondern sagt allgemein:

und allen anderen zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden Abgaben und Leistungen. §. 2. Nr. 5.

Das O. G. B. sagt:

§. 1480. Forderungen an rückständigen jährlichen Abgaben, Zinsen, Renten oder Dienstleistungen erlöschen in drei Jahren.

ββ. Verjährung von Schuldforderungen.

ααα. Durch Pfand gedeckte.

§. 330.

Wenn eine Schuld durch Pfand gesichert ist, kann die Schuld bis zum Betrage des Erlöses aus dem Pfande, so lange das Pfandrecht noch besteht, nicht verjähren.

Nach Römischem Recht galt der Grundsatz:

Immo et illud procul dubio est, quod, si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis, si minus effluxit triginta vel quadraginta annis . . cum litis contestationem imitetur detentio. l. 7. §. 5. C. 7. 39.

Die Detention des Pfandes hinderte also die Verjährung der Schuld auch über den Betrag des Erlöses aus dem Pfande.

War dagegen der Pfandberechtigte nicht im Besitz der Sache, so konnte es vorkommen, daß die Hauptverpflichtung verjährte, das Pfandrecht aber noch bestand. Der Pfandberechtigte konnte daher sein Pfandrecht geltend machen, und da die verjährte obligatio als obligatio naturalis fortbestand, seine Befriedigung aus dem Pfande, d. h. bis zum Betrage des Erlöses aus dem Pfande suchen. In einem solchen Falle verjährte der Mehrbetrag der Forderung.

Das A. L. R. enthält zunächst den allgemeinen Satz I. 9.:

§. 571. Dagegen kann von mehreren in sich verschiedenen, obgleich aus einerlei Rechtsgrunde entspringenden Befugnissen die eine durch Verjährung erlöschen, wenngleich die andere durch fortgesetzte Ausübung erhalten wird.

Demnächst aber bestimmt es I. 20.:

§. 247. So lange das Pfandrecht dauert, kann auch keine Verjährung der Schuld zum Besten des Schuldners anfangen.

§. 248. Dagegen finden in Ansehung der versessenen Zins=

termine und desjenigen Theils der Schuld, welcher aus dem Pfande nicht bezahlt werden kann, die gewöhnlichen Regeln von der Verjährung statt.

Das O. G. B. bestimmt in entsprechender Weise:

Insofern aber die Forderung den Werth des Pfandes übersteigt, kann sie inzwischen durch Verjährung erlöschen. §. 1483.

βββ. Verzinsliche.

§. 331.

So lange eine zinsbare Schuld verzinst wird, kann eine Verjährung der Schuld nicht anfangen.

Daher sagt das Römische Recht:

Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit. l. 8. §. 4. l. 7. 39.

Nach dem A. L. R. fällt dieser Fall unter den allgemeinen Gesichtspunkt 1. 9.:

§, 570. Wer einen Theil seines Rechts ausübt, der erhält dadurch das ganze Recht.

Eine fortgesetzte Zinszahlung begründet sogar das Recht, das Kapital selbst zu fordern. §. 837. ff. 1. 11.

γγ. Theilweise Verjährung.

§. 332.

Eine theilweise Erfüllung einer theilbaren Schuld und eine theilweise Einklagung einer theilbaren Schuld verhindert nicht die Verjährung des nicht bezahlten oder nicht eingeklagten Restes.

Es folgt dies daraus, daß das Recht der Forderung nur insofern erhalten wird, als es durch Ausübung oder Klage geltend gemacht wird.

Es liegt nicht in der Absicht des A. L. R., durch den allgemeinen Satz 1. 9.:

§. 570. Wer einen Theil seines Rechts ausübt, der erhält dadurch das ganze Recht.

das Gegentheil zu bestimmen.

Natürlich findet der aufgestellte Grundsatz keine Anwendung, wenn aus einer alternativen Verpflichtung nur die eine Alternative

geltend gemacht wird, denn in einem solchen Falle ist nicht von einer theilweisen Erfüllung oder Einklagung die Rede, sondern es wird die ganze Forderung geltend gemacht.

Ebenso ist natürlich jener Grundsatz nicht anwendbar, wenn ein Anerkenntniß der ganzen Schuld vorliegt.

δ. Wirksamkeit des moralischen Prinzips.

αα. Anerkenntniß.

§. 333.

Die Verjährung aller Verpflichtungen wird durch gegenseitiges Anerkenntniß der Berechtigung oder Forderung unterbrochen.

Das Römische Recht erwähnt den Fall des constituti debiti proprii während der Verjährungszeit:

> proinde temporali actione obligatum, constituendo. Celsus et Julianus scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. l. 18. §. 1. D. 13. 5.

Das constitutum ist jedoch kein einfaches Anerkenntniß, sondern es gilt als civiler Rechtsgrund der obligatio.

Das einfache Anerkenntniß erwähnt es in Bezug auf bestehende Verpflichtungen:

> debitum agnoverunt . . . in uno eodemque contractu qualicunque interruptione vel agnitione adhibita, omnes simul compelli ad persolvendum debitum. l. 5. C. 8. 40.
>
> si quis debitorum ad agnoscendum suum debitum secundam cautionem in creditorem exposuerit, tempora . . . interrupta esse videbuntur. l. 7. §. 5. D. 7. 39.

Das A. L. R. sagt 1. 9.:

> §. 562. Durch gegenseitiges Anerkenntniß des Rechts aber wird die Verjährung immer unterbrochen.

namlich vor Vollendung der Verjährung, §. 564. Es denkt dabei namentlich an bestehende Verpflichtungen.

Das O. G. B. sagt ganz allgemein:

> Die Verjährung wird unterbrochen, wenn derjenige, welcher sich auf dieselbe berufen will, vor dem Verlaufe der Verjährungszeit entweder ausdrücklich oder stillschweigend das Recht des Andern anerkannt hat. §. 1497.

Ebenso der Code Napoléon:

> Art. 2248. La prescription est interrompue par la

reconnaissance que le débiteur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait.

Diese allgemeinen Grundsätze finden also namentlich Anwendung auf die Verjährung bestehender Verpflichtungen.

ββ. Böser Glauben des Verpflichteten.

ααα. Regel.

§. 334.

Wenn der Verpflichtete in der Absicht, dadurch von seiner noch bestehenden Verpflichtung frei zu werden, den Berechtigten veranlaßt, sein Recht nicht geltend zu machen, so wird die Verpflichtung durch Verjährung nicht aufgehoben.

Im Römischen Recht wird weder im Falle der usucapio libertatis noch im Falle des non usus die mala fides des Verpflichteten berücksichtigt.

Sofern ein Besitzer die longi temporis praescriptio einwendete, mußte er sich in bona fide befinden, dagegen nicht, sofern er die exceptio triginta annorum einlegte.

Auch bezüglich der Verjährung der Klagen wird keine Rücksicht darauf genommen, ob bona oder mala fides vorhanden ist.

Das A. L. R. dagegen verordnet I. 9.:

> §. 569. Die (gesetzliche) Vermuthung (der Tilgung) kann nur durch den vollständigen Beweis, daß der Andere unredlicher Weise und gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit sich der Erfüllung derselben entziehen wolle, entkräftet werden.

Der Wille, sich der noch bestehenden Verpflichtung zu entziehen, muß also vollständig erwiesen sein. Es müssen also Thatsachen vorliegen, welche dies ergeben.

Nicht also der Willen des Berechtigten:

> den Verpflichteten seiner Verpflichtung nicht zu entlassen, sein Recht nicht zu derelinquiren,

und die Wissenschaft des Verpflichteten darum, wie Bornemann meint II. 151., bewirkt, daß die Verjährung dem Verpflichteten nicht zu statten kommt, sondern der dargelegte böse Wille des Verpflichteten.

Der Berechtigte hat also zu beweisen:

> daß dem Verpflichteten das Bestehen der Verpflichtung bekannt ist und er sich derselben unredlicher Weise und gegen besseres Wissen entziehen wolle,

keineswegs aber hat der Berechtigte zu beweisen, wie Bornemann meint II. 151.:

1) die Negative, daß die Verpflichtung nicht getilgt oder aufgehoben,
2) daß er den Verpflichteten der Verpflichtung nicht habe entlassen wollen und dem Verpflichteten dies bekannt sei.

Es kann daher auch:

wenn der Verpflichtete zu einer Leistung verbunden ist, die wiederholte außergerichtliche Erinnerung desselben

keineswegs, wie Bornemann meint II. 153.:

für eine die mala fides begründende Thatsache zu erachten sein,

denn aus einer wiederholten außergerichtlichen Erinnerung ist nicht einmal mit Sicherheit zu entnehmen, daß die Verpflichtung noch wirklich besteht. Der Verpflichtete kann die wiederholten Erinnerungen gerade deshalb unbeobachtet lassen, weil er weiß oder glaubt, daß die Verpflichtung getilgt ist.

Nur das Verhalten des Verpflichteten ist entscheidend, nicht das Verhalten des Berechtigten.

Nicht darauf also kann es ankommen, daß der Berechtigte bei seinen Erinnerungen erklärt:

daß er vorläufig die Sache auch auf sich beruhen lassen wolle, II. 154.

sondern nur darauf:

ob der Verpflichtete seinen Willen, die Sache hinzuziehen, und auf diese Weise durch Verjährung seiner Verpflichtung los zu werden, dokumentirt hat.

Daß bei Abfassung der §§. 568. 569. I. 9. nur an die Aufhebung der Verpflichtungen durch Verjährung, nicht auch an die Verjährung der Ersatz- und Entschädigungsansprüche gedacht worden ist, hat Bornemann bemerklich gemacht. Die gedachten Paragraphen sprechen daher von Aufhebung einer „noch fortwährenden Verbindlichkeit" und von dem „Willen, sich der Erfüllung zu entziehen". Es wird deshalb auch im Falle der Verjährung des Pfandrechts durch den Schuldner auf die §§. 568. 569. verwiesen, nicht im Falle der Verjährung des Rückforderungsrechts des Pfandes gegen Dritte. §. 244. 245. I. 20.

Das O. G. B. erwähnt bei keiner Art der erlöschenden Verjährung die Nothwendigkeit irgend eines guten Glaubens,

der Code Napoléon ebenso nicht im Falle des non usage, im Falle der Verjährung der Klagen wird ausdrücklich hinzugefügt:

sans qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. Art. 2262.

βββ. Ausnahme.

§. 335.

Bezüglich der in kürzeren Fristen verjährenden Geldforderungen aus bestimmten Geschäften des bürgerlichen Verkehrs kommt die kürzere Verjährung demjenigen nicht zu statten, welcher weiß, daß die Schuld noch besteht.

Der Code Napoléon bestimmt:

Art. 2275. Néanmoins ceux auxquels ces prescriptions seront opposées peuvent déférer le serment à ceux qui les opposent, sur la question de savoir si la chose a été réellement payée.

Gegen diese Bestimmung ist zweierlei einzuwenden:

1) daß nur Zahlung, nicht anderweite Tilgung, berücksichtigt ist;
2) daß nur der Eid als Beweismittel zulässig ist, also den Worten nach nicht einmal Geständniß. Es muß jedes Beweismittel zugelassen werden.

Die Verordnung vom 31. März 1838 hat es bei den Grundsätzen des §. 569. I. 9. A. L. R. belassen. Dadurch kommen die Berechtigten in eine üble Lage. Der nach §. 569. l. c. zu führende Beweis ist schwierig. Die Berechtigten verlieren daher ihr Recht in sehr kurzer Frist, auch wenn der Schuldner vollständige Kenntniß davon hat, daß die Schuld noch besteht. Wollen sie also ihr Recht wahren, so müssen sie klagen oder sich ein Anerkenntniß ausstellen lassen. Dadurch aber setzen sie sich der Gefahr aus, ihre Kunden zu verscheuchen.

Daß der Code Napoléon den Art. 2275. auf Zinsansprüche und dergleichen nicht anwendet, ist angemessen.

b. Aufhebung der Ansprüche aus Rechtsverletzungen durch Verjährung.

α. Die Ersatz- und Entschädigungsansprüche.

§. 336.

Alle Ersatzansprüche und die auf einen schuldbaren widerrechtlichen Besitz gegründeten Entschädigungsansprüche verjähren in dreißig Jahren.

Im Römischen Recht unterlagen alle auf rei persecutio gerichteten Klagen den allgemeinen Grundsätzen der Verjährung:

In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, caeterae intra annum. l. 35. D. 44. 7.

haec autem (actio) rei persecutionem continet, ut Pomponius ait, et ideo et in haeredem et perpetuo dabitur. l. 3. §. 4. D. 4. 9.

haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet, et ideo non anno finitur. l. 21. §. 5. D. 25. 2.

Die Klage blieb in solchen Fällen in ihrem ganzen Umfange bestehen, also sowohl soweit sie rein auf Ersatz als auch insofern sie auch auf Entschädigung ging. Dieser Grundsatz galt also auch, wenn der Eigenthümer sein Eigenthum gegen den Besitzer verfolgte.

Nur ausnahmsweise ging dieselbe Klage innerhalb Jahresfrist auf etwas Anderes als nach Jahresfrist, nämlich die Pauliana actio innerhalb Jahresfrist auf restitutio:

ut restituant .. revocando ea, quaecunque in fraudem creditorum alienata sunt. l. 1. §. 1. l. 10. pr. §. 19. l. 14. D. 42. 8.

nach Jahresfrist auf Ersatz:

post annum de eo, quod ad eum pervenit. l. 10. §. 24. l. c.

und zwar aus Gründen der Billigkeit:

iniquum enim praetor putavit, in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude; idcirco lucrum ei extorquendum putavit. eod. l. c.

Im Falle der alienatio judicii mutandi causa ging die Klage nur dahin:

quanti nostra intersit, alium adversarium nos non habuisse. l. 1. pr. D. 4. 7.

Sie war daher eigentlich keine rei persecutio. Daher heißt es:

post annum non dabitur. l. 6. l. c.

quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari. l. 7. l. c.

Nachdem auch die rei vindicatio der dreißigjährigen Verjährung unterworfen worden, konnte der Eigenthümer nach Verlauf von 30 Jahren auch keinerlei Art von Entschädigungsansprüchen geltend machen.

Die Ersatzansprüche des Besitzers gegen den Eigenthümer waren nur im Wege der exceptio geltend zu machen, bestanden also so lange, als der Anspruch des Eigenthümers gegen den Besitzer.

Nach den Grundsätzen des A. L. R. verjährt die rei vindicatio für sich allein, d. h. ohne Eigenthumsübergang, nicht, also namentlich nicht gegen den Besitzer in bösem Glauben. Es ist

auch nirgend gesagt, daß die dabei zur Sprache kommenden Ersatz- und Entschädigungsansprüche verjähren. Es ist also anzunehmen, daß im Falle der rei vindicatio diese Ansprüche für alle Vergangenheit geltend gemacht werden können. Dies ist nicht angemessen.

Auch die unabhängig von der rei vindicatio geltend zu machenden Ersatz- und Entschädigungsansprüche gegen den gewesenen Besitzer werden nicht besonders erwähnt. Es ist jedoch anzunehmen, daß sie in gewöhnlicher Frist verjähren sollen.

Bezüglich der Ersatzansprüche sagt dies die Deklaration vom 31. März 1838:

> Die Vergütung für das zu solchen Anlagen abzutretende Eigenthums- oder Nutzungsrecht ist der ordentlichen Verjährung unterworfen.
>
> Wenn der Beschädiger sich zugleich mit dem Schaden des Andern einen Vortheil verschafft hat, so tritt die ordentliche Verjährung ein, soweit der Anspruch des Beschädigten die Höhe jenes Vortheils nicht übersteigt.

Was namentlich den aus der Veräußerung einer Sache gezogenen Vortheil anbelangt, so ersetzt der redliche Besitzer den noch vorhandenen während der gewöhnlichen Verjährungsfrist; nach Ablauf eines Jahres kommt ihm die Vermuthung zu statten, es sei kein Vortheil vorhanden. §§. 28—32. I. 15.

In allen hierher gehörigen Fällen sind die §§. 568. 569. I. 9. nicht anzuwenden, weil sie den hier nicht vorliegenden Fall des Aufhebens einer Verpflichtung voraussetzen. Bornemann II. 154. Vgl. §. 334.

Nach den Grundsätzen des O. G. B. verjähren alle Klagen, also auch rei vindicatio, Ersatz- und Entschädigungsansprüche gegen den Besitzer in dreißig Jahren.

Ebendasselbe gilt nach dem Code Napoléon.

§. 337.

Die weder auf einen speziellen Rechtstitel noch auf einen widerrechtlichen Besitz gegründeten Entschädigungsansprüche verjähren in kürzerer Frist.

Nach dem Römischen Recht verjähren zwar die auf das prätorische Recht gegründeten Entschädigungsansprüche, die actiones populares und die actio injuriarum (l. 35. D. 44. 7. l. 5. C. 9. 35. l. 8. D. 47. 23.) in einem Jahre, dagegen nicht die actio legis Aquiliae.

Das A. L. R. sagt I. 6.:

> §. 54. Wer einen außerhalb dem Fall eines Kontrakts erlittenen Schaden innerhalb dreier Jahre, nachdem das Dasein und

der Urheber desselben zu seiner Wissenschaft gelangt sind, gerichtlich einzuklagen vernachlässigt, der hat sein Recht verloren.

Diese Bestimmung ist insofern unrichtig, als danach auch die auf einen andern Rechtstitel als einen Vertrag gegründeten Entschädigungsansprüche in drei Jahren verjähren würden, z. B. Ansprüche, die auf ein Testament gegründet werden. Diese sind jedoch nicht mitgemeint. §. 7. 1. 16. A. L. R.

Gemeint sind die im 6. Titel zusammengestellten Entschädigungsansprüche. Nicht gedacht hat man an die Entschädigungsansprüche aus nichtigen Verträgen.

Durch die Deklaration vom 31. März 1838 werden noch speziell als unter die Bestimmung des §. 54. 1. 6. fallend hervorgehoben:

1) Ansprüche wegen Beschädigungen, die bei Gelegenheit öffentlicher Anlagen sowie bei dem Bergbau zugefügt sind;
2) Entschädigungsansprüche, welche gegen öffentliche Beamte aus ihrer Amtsführung von dritten Personen erhoben werden.

Die Bestimmung, daß §. 54. 1. 6.:

> auf alle außer dem Falle eines Kontrakts entstandenen Beschädigungen, sie mögen durch eine erlaubte oder unerlaubte Handlung verursacht sein,

zu beziehen ist, hat keinen praktischen Werth. Welchen Zweck man durch dieselbe erreichen wollte, ist klar. Man wollte nach Verlauf von drei Jahren alle vermeintlichen Entschädigungsansprüche abschneiden. Allein daß man, um diesen Zweck zu erreichen, jene Bestimmung für nöthig hielt, zeigt von Unklarheit. Dieser Zweck ist schon dadurch erreicht, daß Ansprüche aus widerrechtlichen Handlungen in drei Jahren verjähren. Denn auf erlaubte Handlungen kann überhaupt, also natürlich auch nach drei Jahren, ein Entschädigungsanspruch nicht gegründet werden. Gerade dadurch aber, daß man auch bezüglich erlaubter Handlungen im Falle der Verjährung jeden Anspruch ausschloß, verleitet man zu der irrigen Annahme:

> vor Ablauf der Verjährungsfrist könnten aus erlaubten Handlungen Ansprüche hergeleitet werden.

Die Bestimmung 1. 6.:

> §. 55. Sind seit dem Zeitpunkt der Schadenszufügung dreißig Jahre verflossen, so kommt es auf den Zeitpunkt der erlangten Wissenschaft nicht weiter an.

bezweckt nach Verlauf von dreißig Jahren jede weitere Erörterung abzuschneiden. Es läßt sich darüber streiten, ob sie angemessen ist oder nicht.

Daß auch in den hierher gehörigen Fällen die Anwendung der §§. 568. 569. 1. 9. A. L. R. ausgeschlossen bleiben muß, ist nicht zu bezweifeln.

Das O. G. B. sagt:

> §. 1489. Jede Entschädigungsklage erlischt nach drei Jah-

ren von der Zeit an, zu welcher der Schaden dem Beschädigten bekannt wurde.

Jedenfalls hat man nicht beabsichtigt, alle Klagen auf das Interesse dieser kurzen Verjährungsfrist zu unterwerfen, sondern nur die Entschädigungsklagen, welche sich nur auf eine Beschädigung im engeren Sinne gründen.

Speziell erwähnt werden noch:

Klagen über Injurien. §. 1490.

Auch das O. G. B. enthält die Bestimmung:

Ist ihm der Schade nicht bekannt geworden, oder ist derselbe aus einem Verbrechen entstanden, so verjährt sich das Klagerecht nur nach dreißig Jahren. §. 1489.

Der Code Napoléon enthält keine kürzere Verjährungsfrist.

§. 338.

Die Verjährung der Ersatz- und Entschädigungsansprüche wird durch gegenseitiges Anerkenntniß nur in dem Falle unterbrochen, wenn dadurch der Betrag des Anspruches festgestellt wird.

Die Gesetzbücher entscheiden diesen Fall nicht ausdrücklich, es folgt aber jener Satz aus dem Begriff des Anerkenntnisses.

Wenn nämlich der zum Ersatz oder zur Entschädigung Verpflichtete nur im Allgemeinen seine Verpflichtung anerkennt, so hat dies nur den Sinn, daß er sich bezüglich des Rechtsgrundes des Anspruchs in mala fide befindet. Ein wirkliches Anerkenntniß einer bestimmten Verpflichtung aber liegt nicht vor, weil der Betrag des Anspruchs noch der Bestimmung bedarf. Nur wenn auch dieser Betrag durch gegenseitiges Anerkenntniß, d. h. durch Einigung, festgestellt ist, liegt ein vollständiges Anerkenntniß einer bestimmten Schuld vor. Nur in diesem Falle kann dem Anerkenntniß die Folge eines wirklichen Anerkenntnisses, also der Unterbrechung der Verjährung, beigelegt werden.

Von einem für sich bestehenden Vertrage unterscheidet sich dies hier in Rede stehende Anerkenntniß dadurch, daß der Vertrag der Rechtsgrund der Verpflichtung ist, im vorliegenden Falle aber ein Rechtsgrund des Anspruchs besteht und es sich nur um Bestimmung der Höhe des Anspruchs handelt. Deshalb ist die Wirksamkeit der Einigung über die Höhe des Anspruchs nicht von den sonst zur Gültigkeit der Verträge erforderlichen Formen abhängig zu machen, sondern die Einigung unterbricht als Anerkenntniß die Verjährung.

β. Der bezüglich der Verträge aus besonderen Gründen eintretenden Ansprüche.

αα. Auf Anfechtung des Vertrages wegen Zwanges, Betruges und Irrthums.

§. 339.

Das Recht, einen Vertrag wegen Zwanges, Betruges oder Irrthums anzufechten, verjährt in kürzeren Fristen.

Die actio quod metus causa und die actio doli verjährten im Allgemeinen in kurzen Fristen, jedoch nicht unbedingt. Unterholzner, Verj. §§. 279. 281.

Auch war die exceptio quod metus causa und die exceptio doli der Verjährung nicht unterworfen. Endlich konnte wegen dolus mit der Kontraktsklage Aufhebung des Vertrages gefordert werden.

Es war also nach Römischem Recht das Recht, einen Vertrag wegen Zwanges und Betruges anzufechten, im Allgemeinen nicht an kürzere Verjährungsfristen gebunden.

Im Falle des Irrthums war der Vertrag nichtig. Von einer Verjährungsfrist konnte also keine Rede sein.

Das A. L. R. hat im Falle des Zwanges nur den Beweis erschwert, wenn nicht binnen acht Tagen der Zwang dem Richter angezeigt wird, §§. 45. sq. I. 4. Im Uebrigen enthält es keine kürzere Verjährungsfristen bezüglich des Rechts, einen Vertrag wegen Zwanges, Betruges oder Irrthums anzufechten.

Nur für den Fall der Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums im Werth (laesio enormis) gilt eine kurze Verjährungsfrist. §. 68. I. 11.

Das O. G. B. enthält eine bezügliche allgemeine Bestimmung:

§. 1487. Die Rechte, . . einen entgeltlichen Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte aufzuheben; . . und die Forderung wegen einer bei dem Vertrage unterlaufenen Furcht oder eines Irrthums, wobei sich der andere vertragmachende Theil keiner List schuldig gemacht hat, müssen binnen drei Jahren geltend gemacht werden. Nach Verlauf dieser Zeit sind sie verjährt.

Sie können also auch im Wege der Einrede nicht geltend gemacht werden.

Das Recht, einen Vertrag wegen Betruges anzufechten, ist also ausdrücklich von der kürzeren Verjährung ausgeschlossen.

Der Code Napoléon bestimmt:

Art. 1304. Dans tous les cas où l'action en nullité

ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans.

Dahin werden namentlich gerechnet cas de violence, cas d'erreur ou de dol. Art. 1304.

Mit dem Wegfall der action ist der Vertrag gültig. Denn es heißt:

Art. 1117. La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision.

Es ist also anzunehmen, daß auch im Wege der Einrede die Ungültigkeit nach Verlauf der Frist nicht behauptet werden kann.

Für den Fall de la rescision de la vente pour cause de lésion (par la vilité du prix) gilt eine Frist von:

deux années à compter du jour de la vente. Art. 1676.

ββ. Auf Vertretung der Gewährsmängel.

§. 340.

Das Recht, Gewährsmängel zu rügen, verjährt in kürzeren Fristen.

Nach dem Römischen Recht verjährte nur die actio redhibitorio und quanti minoris in kürzeren Fristen.

Dagegen konnten im Wege der exceptio Gewährsmängel jederzeit geltend gemacht werden, auch konnte mit der Kontraktsklage das Interesse gefordert werden und auch Ermäßigung der Gegenleistung.

Nach dem A. L. R. dagegen gehen die „Rechte", welche dem Uebernehmer einer Sache wegen Gewährsmängeln zustehen, durch den Ablauf der §§. 343. 344. I. 5. bestimmten Fristen „verloren", §. 345. Nach Ablauf dieser Fristen kann keinerlei Art von Anspruch, weder auf Aufhebung des Vertrages noch auf Entschädigung, und weder im Wege der Klage noch der Einrede geltend gemacht werden.

Auf den Fall der Eviktion sind diese Vorschriften nicht anwendbar.

Die §§. 323. 324. I. 5. verweisen ausdrücklich auf die Bestimmungen bei den einzelnen Verträgen, und da findet sich nichts von kürzeren Fristen.

Nur im Falle theilweiser Eviktion ist das Recht zur Aufhebung des Vertrages nach den Vorschriften über Gewährsmängel zu beurtheilen. §§. 164. 169. I. 11.

Auch für den Fall des Pachtvertrages sind kürzere Fristen zur Rüge von Gewährsmängeln bestimmt. §§. 623. 625. I. 21.

Nach dem O. G. B. muß derjenige,

wer die Gewährleistung fordern will, sein Recht in kurzen Fristen geltend machen. §. 933.

Der Zusatz:

sonst ist das Recht erloschen,

läßt schließen, daß nicht bloß die Klage, sondern das Recht auf Rüge des Gewährsmangels, auch im Wege des Einwandes, verjährt ist.

Nach §. 923. gilt jene Bestimmung auch für den Fall, wenn Jemand:

eine fremde Sache als die seinige veräußert,

also auch im Falle der Eviktion.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1648. L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usage du lieu où la vente a été faite.

Es scheint also, daß die Einrede nicht verjährt.

γγ. Auf Widerruf einer Schenkung.

§. 341.

Das Recht, eine Schenkung
1) wegen Mangels der Form,
2) wegen Undanks
zu widerrufen, verjährt in kürzeren Fristen.

Das Recht, eine Schenkung wegen Mangels der Form zu widerrufen, verjährt nach dem A. L. R. in sechs Monaten. §. 1090. I. 11.

Das Recht, eine Schenkung wegen Undanks zu widerrufen, verjährt in kürzeren Fristen nach dem O. G. B. §. 1487. und nach dem Code Napoléon Art. 957.

§. 342.

Anerkenntniß des Anspruchs unterbricht in den Fällen der §§. 339—341. nicht die Verjährung des Anspruchs.

Die Gesetzbücher entscheiden diese Frage nicht ausdrücklich, setzen aber jenen Satz stillschweigend voraus.

Ein Anerkenntniß kann daher als solches die Verjährung nicht unterbrechen, sondern es kann rechtlich nur in dem Falle in Betracht kommen, wenn es als Vertrag gültig ist. Es kommen also namentlich bezüglich der Form die allgemeinen Grundsätze über die zur Gültigkeit der Verträge erforderlichen Formen in Anwendung.

Ebenso kann darüber kein Zweifel obwalten, daß in den Fällen der §§. 339—341. von einer Anwendung der §§. 568. 569. I. 9. A. L. R. keine Rede sein kann.

Zweiter Theil.

Gemeinschaft.

I. Allgemeiner Gesichtspunkt.

A. Die Gemeinschaft als Rechtssubjekt.

Rechtssubjekt, Person, ist jeder existirende Willen.

Auf eine unmittelbare, reale, natürliche Weise existirt der Willen als einzelner Mensch.

Es kommt demnächst aber der Willen auch auf eine mittelbare ideelle, rechtliche Weise als Rechtssubjekt zur Erscheinung.

Es ist dies allemal der Fall, wenn irgend eine Berechtigung mehreren Personen dergestalt ungetheilt zusteht, daß nur der vereinte Willen dieser Personen darüber zu verfügen, berechtigt ist.

Jede derartige Gemeinschaft ist Rechtssubjekt, Person. Der Willen hat in solchen Fällen zwar keine reale, leibliche Existenz, aber er existirt insofern als ein besonderer eigener Willen, als bezüglich des ungetheilten Rechts nur der vereinte Willen zu Willensäußerungen berechtigt ist.

Auf eine solche mittelbare Weise existirt der Willen:

1) als Korporation,

Das Eigenthümliche der Korporation besteht darin, daß sie bestimmte dauernde gemeinnützliche Interessen einer Gemeinschaft repräsentirt. Am augenscheinlichsten ist dies bezüglich der Gemeinde der Fall, welche eine dauernde lokale Existenz hat und dem staatlichen Verbande zur Unterlage dient. Es ergiebt sich daher das Bedürfniß, die Gemeinde als Rechtssubjekt anzuerkennen. Sie erlangt dadurch die Fähigkeit, ihre Interessen nach ihrem eigenen Willen wahrzunehmen.

Auch anderweite Vereinigungen repräsentiren dauernde gemeinnützliche Interessen und werden deshalb vom Staate als Korporation anerkannt.

Die Korporation ist jedoch nicht die einzige Weise, wie ein Rechtssubjekt auf mittelbare Weise existirt, sondern nur die eine Weise.

2) Die Gemeinschaft ist die andere Weise, in welcher der Willen als Rechtssubjekt in mittelbarer Weise existirt.

Von der Korporation unterscheidet sich die Gemeinschaft dadurch, daß sie nicht dauernde gemeinnützliche Interessen repräsentirt, sondern nur vorübergehende, private, eigennützige. Sie wird deshalb auch vom Staate nicht als dauernde Person, d. h. als Korporation anerkannt; aber sie ist dessenungeachtet gleich der Korporation ein Rechtssubjekt, eine Person.

Es ist dies bisher nur bezüglich bestimmter Arten von Gemeinschaften anerkannt worden. So ist man gewöhnt:

a) eine Erbschaft, d. h. den Inbegriff der vererblichen Rechte und Pflichten eines Verstorbenen als Person (dominus, persona) zu bezeichnen. l. 34. l. 61. pr. D. 41. 1. l. 31. §. 1. D. 28. 5. l. 22. D. 46. 1. l. 15. pr. D. 41. 3. l. 13. §. 5. D. 43. 24. l. 15. pr. D. 11. 1. §. 2. J. 2. 14. Allg. Gerichts-Ord. §. 35. I. 1.

b) Die Gemeinschaft, welche durch mehrere einen Mündel vertretende Vormünder entsteht, bezeichnet das A. L. R. als Eine moralische Person. §. 115. II. 18.

c) Die Vereinigung der in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten wird unter den Begriff einer Person gestellt.

d) Eine Aktiengesellschaft, eine Handlungsgesellschaft, erachtet man für ein Rechtssubjekt, eine Person. §. 35. 1. 1. Allg. Gerichts-Ord.

e) Andere nur vorübergehende Gemeinschaften, namentlich die gewöhnliche Societät und communio incidens ist man dagegen nicht gewöhnt, als Person, Rechtssubjekt, zu bezeichnen. Es findet sich jedoch eine solche Bezeichnung schon in den Gesetzbüchern.

So sagt das A. L. R. 1. 8.:

> §. 18. Wenn es auf Verfügungen über das volle Eigenthum der Sache ankommt, so werden die mehreren Miteigenthümer eines jeden einzelnen darunter begriffenen Rechts nur als Eine Person betrachtet;

und noch bestimmter das O. G. B.:

> In Beziehung auf das Ganze werden die Miteigenthümer für eine einzige Person angesehen. §. 361.

und:

> So lange alle Theilhaber einverstanden sind, stellen sie nur Eine Person vor. §. 828.

Endlich sagt das Rescript vom 13. April 1833 (v. Kamptz, Jahrbücher, 41. pag. 555.):

Jede Sache, welche mehreren Personen in einem ungetheilten Zustande gehört, ist deren gemeinschaftliches Eigenthum, die Theilnehmer bilden eine moralische Person.

In der That ist der Satz:

Jede Gemeinschaft ist ein Rechtssubjekt,

nicht bloß richtig, sondern auf der Anerkennung dieses Satzes beruht in Wahrheit das richtige Verständniß des wahren Wesens der Gemeinschaft.

Wird dieser Satz nicht anerkannt, so wird das wahre Wesen der Gemeinschaft verkannt.

Um das Richtige jenes Satzes einzusehen, braucht man sich nur den Begriff „Person, Rechtssubjekt", klar zu machen.

Rechtssubjekt, Person, ist jede Existenz, welche als Willen Rechte irgend welcher Art geltend zu machen berechtigt ist. Die Art und Weise der Existenz des Willens und der Umfang der Rechte bestimmt nur die verschiedenen Arten der Personen, ist aber ohne Einfluß auf den Begriff der Person selbst.

Es ist deshalb eine Person, ein Rechtssubjekt:

1) jeder einzelne Mensch, denn er hat als solcher bestimmte Rechte.
2) Die Korporation hat zwar alle die Rechte nicht, welche der einzelne Mensch als leiblich existirendes Wesen hat, aber sie hat bestimmte Rechte, und ist deshalb Rechtssubjekt, Person.

Daß sie dauernde gemeinnützliche Interessen repräsentirt, und deshalb als Korporation anerkannt wird, betrifft nur die Art und Weise ihrer Existenz, keineswegs aber liegt darin der Grund, weshalb sie eine Person, ein Rechtssubjekt, ist. Sie ist eine Person einfach deshalb, weil sie, als ein in bestimmter Weise existirender Willen, bestimmte Rechte hat.

3) Die Gemeinschaft ist aus gleichem Grunde ein Rechtssubjekt, eine Person.
   a) Eine Erbschaft, die Gemeinschaft mehrerer einen Mündel vertretenden Vormünder ist nicht deshalb eine Person, ein Rechtssubjekt, weil es sich um den Inbegriff der Rechte und Pflichten einer Person handelt, dies ist nur die besondere Weise der Existenz des Willens, sondern eine derartige Gemeinschaft ist eine Person, weil die Gemeinschaft als ein in bestimmter Weise existirender Willen berechtigt ist.
   b) Die in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten gelten als Person in Bezug auf das gemeinschaftliche Vermögen nicht deshalb, weil es sich um die Gemeinschaft eines ganzen Vermögens handelt, dies ist wieder nur eine Weise der Existenz des Willens, sondern deshalb,

weil die Gemeinschaft als ein in bestimmter Weise existirender Willen berechtigt ist.

c) Eine Aktiengesellschaft, eine Handlungsgesellschaft ist nicht deshalb eine Person, weil es sich um einen Inbegriff bestimmter Rechte und Pflichten handelt, dies ist nur die Weise der Existenz des Willens, sondern deshalb, weil bezüglich des gemeinschaftlichen Vermögens die Gemeinschaft als ein in bestimmter Weise existirender Willen berechtigt ist.

d) Eine gewöhnliche Societät ist aus demselben Grunde ein Rechtssubjekt. In Bezug auf das der Societät unterliegende Vermögen ist die durch die Societät entstandene Gemeinschaft der berechtigte Willen, das berechtigte Subjekt. Daß eine gewöhnliche Societät nur eigennützige, private, vorübergehende Interessen verfolgt, hat nur Einfluß auf die Art und Weise ihrer Existenz. Es liegt aber darin kein Grund, die durch eine Societät entstandene Gemeinschaft nicht unter den allgemeinen Begriff der Person zu stellen.

e) Endlich ist auch jede nicht durch Vertrag entstandene Gemeinschaft als Rechtssubjekt, Person, anzuerkennen.

Ihr Wesen besteht nämlich darin, daß irgend eine Berechtigung mehreren Personen dergestalt ungetheilt zusteht, daß nur der vereinte Willen dieser Personen darüber zu verfügen berechtigt ist. Nur der vereinte Willen der in der Gemeinschaft stehenden Personen also ist bezüglich der Gemeinschaft das berechtigte Subjekt. Daß dies Subjekt nur so lange besteht, als die Gemeinschaft dauert, betrifft nur die Art und Weise der Existenz des Willens, steht aber der Anwendung des Begriffs „Person“ nicht entgegen.

Man kann auch nicht sagen: es sei deshalb keine Person, kein Rechtssubjekt, vorhanden, weil die in der Gemeinschaft stehenden Personen bezüglich der Gemeinschaft bestimmte Rechte haben und im übrigen jeder seine Rechte als einzelne Person.

Denn ganz dasselbe findet bezüglich aller übrigen Arten von Gemeinschaften und Korporationen statt. Jedes Mitglied einer Korporation hat als solches bestimmte Rechte und im übrigen seine Rechte als einzelne Person.

Man kann auch nicht sagen, eine solche Gemeinschaft habe keine äußerlich wahrnehmbare Existenz. Sie hat eine äußerlich wahrnehmbare Existenz so gut wie jede andere Gemeinschaft und Korporation. Das vorhandene gemeinschaftliche Recht ist der Gegenstand, in welchem die Gemeinschaft vorhanden ist, gerade wie bei allen Gemeinschaften das der Gemeinschaft unterworfene Vermögen. Daß in den andern Fällen noch ein Vertrag, ein bestimmtes Rechtsverhältniß, eine anerkannte Verfassung den Umfang der Rechte des

Subjektes bestimmt und erkennbar macht, betrifft nur die Art und Weise der Entstehung und Existenz der Gemeinschaft. Im Falle einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft ist die Thatsache der vorhandenen Gemeinschaft der Grund der Entstehung der Gemeinschaft, und es bestimmt sich danach der Umfang der Rechte derselben.

B. Willen der Gemeinschaft.

Nach Vorstehendem besteht das Wesen einer jeden Gemeinschaft darin, daß nur der vereinte Willen der in der Gemeinschaft stehenden Personen berechtigt ist, über die Gemeinschaft zu verfügen. Nach Grundsätzen des strengen Rechts wird daher zu einer jeden Verfügung über die Gemeinschaft eine wirkliche Willenseinigung der Theilhaber erfordert, und es ergiebt sich, daß gegen den Willen auch nur eines Theilhabers bezüglich der Gemeinschaft nichts vorgenommen werden darf. Denn wenn auch der Einzelne in einer Gemeinschaft steht, so behält er doch auch bezüglich der Gemeinschaft seinen eigenen Willen.

Durch das Festhalten dieses Grundsatzes können jedoch die Theilhaber einer Gemeinschaft wesentlich beinträchtigt werden. Es kann im Interesse der Gemeinschaft liegen, etwas vorzunehmen. Es kommt daher darauf an, eine Form zu finden, durch welche dies sachgemäß ermöglicht wird. Diese Form ist:

Anrufung richterlicher Entscheidung.

Der Richter prüft, ob eine Maaßregel im Interesse der Gemeinschaft liegt und, wenn er dies findet, ordnet er diese Maaßregel an, beseitigt also den Widerspruch des Einzelnen.

Es ist aber ferner in der Regel anzunehmen, daß diejenige Maaßregel im Interesse der Gemeinschaft liegt, welche die Mehrheit für gut findet. Darauf beruht der Satz:

Stimmenmehrheit entscheidet über die bezüglich der Gemeinschaft zu ergreifenden Maaßregeln.

Die Form, wodurch die Stimmenmehrheit festgestellt wird, ist die Abstimmung, resp. der Beschluß der Gemeinschaft.

Auf diese Weise wird selbst bei dem Widerspruch einzelner Theilhaber eine Willenseinheit ermöglicht, indem der Willen der Minderheit sich dem Willen der Mehrheit unterordnen muß.

Wenn dieser Satz zur unbedingten Regel erhoben würde, könnte die Minderheit wesentlich beeinträchtigt werden. Deshalb muß auch der Minderheit das Recht gegeben werden, gegen einen Beschluß der Mehrheit auf richterliche Entscheidung zu provoziren.

C. Stellung des Gesellschaftsvertrages im Rechtssysteme.

Der Societätsvertrag ist im Rechtssystem nicht zu erwähnen bei der Klassifikation der Verträge nach ihrem bestimmten rechtlichen Inhalt, und zwar deshalb, weil aus dem Societätsvertrage nicht Verpflichtungen bestimmten rechtlichen Inhaltes entstehen. Die aus dem Societätsvertrage entstehenden Verpflichtungen können, je nach dem Inhalt des Societätsvertrages, ganz verschieden sein. Es können die Theilhaber ebenso zu gleichen Handlungen, wie zu verschiedenen Handlungen verpflichtet werden. Es kann ein Theilhaber zu Handlungen ein anderer zur Uebertragung von Eigenthum, Gebrauchsrechten verpflichtet werden.

Der Societätsvertrag ist vielmehr da zu erwähnen, wo die Mittel, eine Gemeinschaft zu erzeugen, erwähnt werden. Er fällt also unter den allgemeinen Gesichtspunkt der Entstehung eines Rechtssubjekts, und zwar näher, im Gegensatz zur Entstehung des unmittelbaren Rechtssubjekts (des einzelnen Menschen), unter den Gesichtspunkt der Entstehung eines mittelbaren Rechtssubjektes. Unter letzteren Gesichtspunkt fallen dann die verschiedenen Arten der Gemeinschaft, so die einfache Gemeinschaft, die eheliche Gemeinschaft, die Korporation, die Aktiengesellschaft u. s. w.

Wenn Vorstehendes nicht erkannt wird, so wird der Societätsvertrag unrichtig aufgefaßt und unrichtig klassifizirt.

Im Hegel'schen Naturrecht wird der Societätsvertrag bei Klassifikation der Verträge nach ihrem rechtlichen Inhalt angemessener Weise nicht erwähnt. §. 80.

Gans, im System des Römischen Civilrechts, pag. 232. 233., will Hegel verbessern, verschlechtert aber in der That das Hegelsche System.

Seine Darstellung ist deshalb von Interesse, weil aus ihr der Kampf zwischen der Wahrheit der Sache und der verkehrten Ansicht von Gans sehr erkennbar hervortritt.

Die Wahrheit der Sache drängt sich durch in den Worten:

> Die Societät ist nämlich das Zusammentreten mehrerer Individuen zur Betreibung erlaubter Zwecke. — Sie kann kaufen, miethen, Alles oder Einiges in Gemeinschaft haben. — Die Bestimmtheit der Societät ist daher diese Gemeinschaft.

Hier wird ganz richtig gesagt, daß der entscheidende Gesichtspunkt der ist, daß die Societät ein Mittel ist, eine Gemeinschaft, ein Rechtssubjekt, zu erzeugen, denn eben nur ein Rechtssubjekt kann kaufen, miethen 2c.

Ebenso zutreffend sind die Worte:

> Insofern ist jeder Inhalt bei der Societät gedenkbar, die Societät also gar keinem bestimmten Inhalt zugehörig. Man

kann sich für Alles eine Societät denken. Die Societät ist also die formale Möglichkeit für jeden Inhalt.

Diese richtige Auffassung der Sache wird nun aber von Gans bei Seite gestellt indem er meint:

Die Societät nehme als Vertrag in Anspruch, unter den Verträgen einen Platz zu haben.

Von dem Ehevertrage meint Gans dies nicht, sondern er bemerkt ganz richtig:

Die Person, sowie die Verhältnisse des Eigenthums und der Obligationen kommen zwar im Familienrechte vor, aber nur als im Dienste desselben begriffen, pag. 237.

er hätte also auch bemerken sollen:

daß der Societätsvertrag nur als Mittel der Bildung einer Gemeinschaft in Betracht komme,

allein er hat sich einmal in den Kopf gesetzt,

die Societät als Vertrag zu behandeln

und sie bei der Lehre von den Verträgen zu klassifiziren.

Er ergänzt deshalb das Hegelsche System, aber freilich in eigenthümlicher Weise.

Hegel unterscheidet ganz richtig die Uebereinkunft und die Verwirklichung derselben durch die Leistung, §. 78, und dabei handelt er auch von der Versicherung der Erfüllung.

Zufälliger Weise macht nun Hegel im §. 80. folgende Abtheilungen:

A. Schenkungsvertrag,
B. Tauschvertrag,
C. Vervollständigung eines Vertrages (cautio) durch Verpfändung.

Unter A. und B. werden die Verträge nach ihrem rechtlichen Inhalt klassifizirt, und unter C. folgt dann ein anderer Gesichtspunkt, nämlich von Versicherung der Erfüllung.

Gans fälscht nun insofern Hegel, als er meint:

Außer den Schenkungs- und Tauschverträgen giebt es aber eine dritte Abtheilung derselben, welche bei Kant Zusicherungs-, bei Hegel aber vervollständigende Verträge genannt werden.

Dies ist eine Fälschung, weil Hegel zwar von Vervollständigung eines Vertrages durch Verpfändung spricht, ihm aber nicht einfällt, als dritte Klasse vervollständigende Verträge zu nennen.

Demnächst folgt die Verbesserung von Gans.

Mit Weglassung des bestimmten richtigen Gesichtspunktes der Versicherung der Erfüllung stellt er als dritte Art hin:

die vervollständigenden Verträge überhaupt,

und nun unterscheidet er:

1) Vervollständigung des Subjekts der Verträge (Societät).

2) Vervollständigung des Objekts der Verträge (Versicherung der Erfüllung).

Durch eine derartige Beseitigung eines bestimmten richtigen Gesichtspunktes tritt nun allerdings diese dritte Art von Verträgen in einen „äußerlichen und unwissenschaftlichen Zusammenhang" und es erscheint als leere Redensart, wenn Gans meint:

Die vervollständigenden Verträge sind aber theils subjektiver Art, indem das Subjekt der Verträge sich verstärkt und sich in sich vervollständigt — Societät. Theils enthalten aber die vervollständigenden Verträge die Vervollständigung des Objekts der Verträge (Versicherung der Erfüllung).

und wenn Gans meint:

Man kann in einige Verlegenheit gerathen, wie man die Societät zu klassifiziren habe,

so entspringt diese Verlegenheit eben daher, daß Gans zwar das Unrichtige der eigenen Ansicht fühlt, aber doch die richtige Ansicht nicht zur Anerkennung kommen läßt.

Selbst in der Aeußerung:

die Societät wäre daher mit Fug und Recht da abzuhandeln, wo im Anfang von den Correalobligationen gesprochen wurde,

tritt noch ein Bedenken gegen die Richtigkeit der eigenen Ansicht und die Ahnung der Wahrheit hervor, denn wenn auch die Correalobligation, als Aufnahme mehrerer Personen in dieselbe Berechtigung oder Verpflichtung, wesentlich verschieden ist von der Vereinigung mehrerer Personen in eine Gemeinschaft, so liegt doch noch insofern der wahre Gedanken zu Grunde, daß in beiden Fällen ein Zusammentreffen mehrerer Personen statt hat, einmal zu dem Zwecke, um dieselbe Berechtigung und Verpflichtung mehreren Personen zuzutheilen, das andremal zu dem Zwecke, um mehrere Personen durch Vertrag zu einem Rechtssubjekt zu verbinden. In der Aufstellung des nichtssagenden Ausdrucks:

vervollständigende Verträge,

und der Unterscheidung nach Subjekt und Objekt läßt sich aber nur ein leerer Schematismus erkennen.

Noch ärger wird die Entstellung der Sache bei Goeschel, Zerstreute Blätter, pag. **411**. ff.

Er meint zwar:

das Gesellschaftsverhältniß ist zur Erkenntniß der Verträge überhaupt besonders wichtig,

allein, was er anführt, ist in der That ein reines Durcheinanderwerfen und Verwechseln von Begriffen.

Er betrachtet den Societätsvertrag nach den Personen und nach dem Gegenstand.

Er braucht die Redensart:

Das dritte und höchste Moment des Vertrages ist nach den vertragenden Personen die Gesellschaft, (pag. 405.)
er macht aber dann den ganz äußerlichen Unterschied, ob zwei oder mehrere Personen kontrahiren, und da werden erwähnt:

1) die obligatio pro rata und correalis,
2) der Eintritt dritter Personen in ein bestehendes Rechtsverhältniß,

und dann heißt es weiter:

3) Aber es giebt auch Verträge, wo mehr als zwei Hauptparteien konkurriren und kontrahiren. Das vollkommenste und reinste Beispiel ist ein Societätsvertrag unter drei Personen, mittelst dessen jede Person mit den beiden übrigen kontrahirt.

Hiernach also wäre der Societätsvertrag unter drei Personen etwas ganz Anderes als der unter zwei Personen.

Nach seinem Gegenstande soll der Gesellschaftsvertrag in:

nichts anderem bestehen als in gegenseitiger Veräußerung der Thätigkeit zu gemeinschaftlichem Gebrauche.

An eine obligatio faciendi kann man nicht denken, da auch eine obligatio dandi Inhalt des Vertrages sein kann. Gemeint ist eigentlich:

Vereinigung des Willens zu gemeinsamem Endzweck (Gemeinschaft).

Diesem Begriff wird nun aber sofort ein anderer substituirt, nämlich die zum Abschluß eines Vertrages erforderliche gemeinschaftliche Thätigkeit (Consensus).

Da macht sich denn freilich leicht der Schluß:

Aber wo ist denn ein Vertrag, der nicht außer der Sache, welche sein Gegenstand ist, auch Thätigkeit und zwar gemeinschaftliche Thätigkeit erfordert, um ihn zu schließen und zu erfüllen (consensus). Im Grunde (d. h. wenn man den Begriff „Gemeinschaft" und „consensus" verwechselt) liegt daher jedem Vertrage eine Societät (? Gemeinschaft oder consensus?) zum Grunde, denn in jedem Vertrage verbinden sich Mehrere Etwas auszurichten (consensus),

und dann weiter, indem auch noch der Begriff „obligatio" untergeschoben wird:

Wie aber die Societät (consensus) der Grund des Vertrages ist, so ist sie (obligatio) auch wieder die Folge und Wirkung jeden Vertrages; denn jeder Vertrag erzeugt eine Obligation, mittelst welcher Mehrere verbunden werden. Insofern (nämlich wenn man den Begriff der „Gemeinschaft" und den der „obligatio" verwechselt) ist jedes Obligationsverhältniß folgeweise ein Societätsverhältniß.

Unwillkürlich und quasi per contractum oder incidenter tritt aber auch außerhalb des Vertrages überall da ein So-

cietätsverhältniß (d. h. eine obligatio) ein, wo Mehrere, statt durch ihren unmittelbaren Willen, mittelbar durch eine Sache verbunden werden.

II. Spezielle Gesichtspunkte.

A. Begriff der Gemeinschaft.

§. 343.

Eine Gemeinschaft ist vorhanden, wenn irgend ein Gegenstand des Vermögens mehreren Personen ungetheilt zusteht.

Das Römische Recht sagt in einem solchen Falle:

res communis pro indiviso est. l. 19. pr. D. 10. 3. l. 83. D. 17. 2.

und es giebt jedem Theilhaber die:

actio communi dividundo (actio communis plurium personarum. l. 11. §. 2. D. 2. 1.)

Eine derartige communio hatte jedoch nur Statt, wenn eine körperliche Sache mehreren Personen ungetheilt zustand:

per hoc judicium corporalium rerum fit divisio. l. 4. pr. D. 10. 3.

und zwar:

1) mehreren Eigenthümern:

quarum rerum dominium habemus. eod. l. c.

Dem Eigenthum wurde die bonae fidei possessio gleichgestellt:

qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo judicium possunt exercere. l. 7. §. 2. l. c.

2) Eine Gemeinschaft bestand ferner, wenn mehreren Personen dasselbe dingliche Recht an einer körperlichen Sache zustand, also:

a) ususfructus und usus:

et si de usufructu sit inter duos controversia, dari debet. l. 7. §. 7. l. c.

de usufructu communi dividundo judicium agitur. l. 7. §. 10. l. c.

si usus tantum noster sit . . . divisio potest fieri in communi dividundo judicio. l. 10. §. 1. l. c.

b) pignus:

si duo sint, qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse, utile communi dividundo judicium dari. l. 7. §. 6. l. c.

c) im Falle der missio in possessionem:

Item si duo a praetore missi sint in possessionem legatorum, est enim justa causa possidendi, custodiae gratia. Ergo, et si duo ventres, idem erit dicendum; quod habet rationem. l. 7. §. 8. l. c.

Dagegen bestand keine Gemeinschaft:

1) im Falle der malae fidei possessio:

Inter praedones autem hoc judicium locum non habet, quia injusta est possessio ista. l. 7. §. 4. l. c.

namentlich nicht:

nec si precario possideant, locum habebit, nec si clam; — precaria justa (est) quidem, sed quae non pergat ad judicii vigorem. eod. l. c.

2) Im Falle einer obligatio, selbst wenn eine Sache Gegenstand der obligatio war und gemeinschaftlich besessen wurde, galt der Grundsatz:

neque colonis, neque iis, qui depositum susceperunt, hoc judicium competit, quamvis naturaliter possideant. l. 7. §. 11. l. c.

Die obligatio stand vielmehr den Theilhabern entweder in solidum zu, oder sie war:

ipso jure divisa, z. B. nomina. l. 6. C. 3. 36.

Auch im Falle einer Gemeinschaft durch Erbschaft waren nur dingliche Rechte an körperlichen Sachen Gegenstand der Gemeinschaft:

In hoc judicium nomina non veniunt. l. 2. §. 5. D. 10. 2.

Caeterae res praeter nomina veniunt in hoc judicium (familiae herciscundae). l. 4. pr. l. c.

cessat familiae herciscundae judicium, cum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt. l. 25. §. 1. l. c.

Ebenso im Falle einer Gemeinschaft durch Vertrag kamen Obligationen nicht in die Gemeinschaft:

ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu. l. 3. pr. D. 17. 2.

sondern nur res.

Es können zwar nomina bei Gelegenheit einer Erbtheilung oder societas in Betracht kommen, jedoch nur in dem Sinne:

daß einem Erben zum Zwecke der Klage eine Forderung oder Schuld überwiesen wird, ut partim suo, partim

procuratorio nomine agat — partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur. l. 3. D. 10. 2.

oder im Falle einer societas:

actio pro socio et nominum rationem habet. l. 43. D. 17. 2.

in dem Sinne:

daß der socius den sociis gegenüber verpflichtet ist, conferre. l. 52. §. 16. l. c.

actiones invicem praestare. l. 3. pr. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 8.:

§. 14. Wenn das volle Eigenthum über eine Sache mehreren Personen zukommt, so ist ein gemeinschaftliches Eigenthum vorhanden.

§. 17. Insofern mehrere Personen an einem dieser Rechte theilnehmen, ist das Recht, nicht aber die Sache selbst, ihr gemeinschaftliches Eigenthum;

und 1. 17.:

§. 1. Gemeinschaftliches Eigenthum ist alsdann vorhanden, wenn dasselbe Eigenthumsrecht über eine Sache oder ein Recht mehreren Personen ungetheilt zukommt;

namentlich also auch ein persönliches Recht, denn es heißt 1. 5.:

§. 450. Hat sich Jemand in einem Vertrage mehreren Personen zu einer und eben derselben Sache oder Leistung verpflichtet, so können die Mitberechtigten das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben.

§. 453. Die Befugnisse der mehreren Berechtigten unter sich sind nach den Grundsätzen von gemeinschaftlichem Eigenthum zu beurtheilen;

und es wird gesagt bezüglich der Gesellschaft 1. 17.:

§. 198. Der zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäfts zusammengetragene Fonds ist als gemeinschaftliches Eigenthum anzusehen;

also auch Forderungen, sofern sie dem gemeinschaftlichen Fonds überwiesen werden.

und im Falle einer Gemeinschaft durch Erbschaft:

§. 151. Auch die zur Erbschaft gehörenden Aktivforderungen können die Erben, so lange sie im Miteigenthum stehen, nur gemeinschaftlich einziehen.

Das O. G. B. sagt:

§. 361. Wenn eine noch ungetheilte Sache mehreren Personen zugleich zugehört, so entsteht ein gemeinschaftliches Eigenthum.

und ganz allgemein:

§. 825. So oft das Eigenthum der nämlichen Sache oder

ein und dasselbe Recht mehreren Personen ungetheilt zukommt, besteht eine Gemeinschaft.

allein letztere Bestimmung steht unter dem Hauptstück:

Von der Gemeinschaft des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte.

Man hat also an persönliche Rechte nicht gedacht.

Es wird jedoch andererseits bestimmt:

§. 848. Ebenso kann derjenige, welcher an eine Gemeinschaft schuldig ist, die Zahlung nicht an einzelne Theilnehmer entrichten. Solche Schulden müssen an die ganze Gemeinschaft, oder an Jenen, der sie ordentlich vorstellt, abgetragen werden.

Es sind also auch persönliche Ansprüche Gegenstand der Gemeinschaft.

Bezüglich gesellschaftlicher Forderungen oder Schulden wird dagegen gesagt:

Jedes Mitglied hat nur für seinen Antheil ein Recht oder eine Verbindlichkeit zur Zahlung. §. 1203.

Gesellschaftliche Forderungen und Schulden sind also ipso jure getheilt und besteht bezüglich ihrer keine Gemeinschaft. Dagegen ist der Fonds der Gesellschaft gemeinschaftlich:

§. 1182. Alles, was ausdrücklich zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäfts bestimmt worden ist, macht das Kapital oder den Hauptstamm der Gesellschaft aus.

§. 1183. Wenn Geld, verbrauchbare oder zwar unverbrauchbare, jedoch in Geldwerth angeschlagene Sachen eingelegt werden, so ist nicht nur der daraus verschaffte Nutzen, sondern auch der Hauptstamm in Rücksicht der Mitglieder, welche hierzu beigetragen haben, als ein gemeinschaftliches Eigenthum anzusehen.

Wenn Forderungen dem gemeinschaftlichen Fonds überwiesen werden, wird man zwar annehmen müssen, daß sie gemeinschaftlich sind; dritten Personen gegenüber aber sind sie als gesellschaftliche Forderungen pro rata getheilt.

Der Code Napoléon erwähnt nur den Fall der Gemeinschaft des Eigenthums:

la chose est commune. Art. 572. 573.

Im Falle einer Gemeinschaft in Folge Erbrechts sind theilbare Forderungen ipso jure getheilt Art. 1220, untheilbare Forderungen stehen jedem Erben in solidum zu Art. 1224. Im Falle des Gesellschaftsvertrages werden als Gegenstand der Gemeinschaft (en commun) bezeichnet:

chose Art. 1832, biens meubles et immeubles Art. 1837.

also auch obligations und actions, Art. 529. Dies geschieht aber

nur unter dem Gesichtspunkt der Engagements des associés entre eux.

Dritten Personen gegenüber hat jeder associé das Recht, die Forderung ganz einzuziehen, nach dem Grundsatz:

Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la parte de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement. Art. 1859.

Dieser Grundsatz gilt:

à défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration. Art. 1859.

also auch wenn der Geschäftsvertrag nicht:

donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance. Art. 1197.

B. Entstehung der Gemeinschaft.

1. Ohne Vertrag.

§. 344.

Ohne Vertrag entsteht eine Gemeinschaft, wenn mehrere Personen einen Gegenstand des Vermögens ungetheilt erwerben, oder wenn die Sachen verschiedener Eigenthümer zu einem einzigen ungetheilten Ganzen vereinigt werden und das Ganze nicht in das ausschließliche Eigenthum des einen Eigenthümers übergeht.

Unter ersteren Gesichtspunkt fällt die in Folge der Universalsuccession eintretende Gemeinschaft der Miterben. Diese Art der Gemeinschaft bleibt hier unberücksichtigt.

Es fällt ferner unter diesen Gesichtspunkt die in Folge eines speziellen Titels entstehende Gemeinschaft eines ungetheilt auf mehrere Personen übergehenden Rechts.

Auf diese Weise können Rechte aller Art Gegenstand einer Gemeinschaft werden.

Unter letzteren Gesichtspunkt fällt die Gemeinschaft, welche dadurch entsteht, daß die Sachen verschiedener Eigenthümer zu einem einzigen ungetheilten Ganzen vereinigt werden.

Eine derartige Vereinigung ist nur bezüglich körperlicher Sachen möglich.

Das Römische Recht erwähnt daher als Weise, wie eine communio entsteht:

1) den Fall, wenn eine Sache ungetheilt auf mehrere Personen übergeht:

non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, idem si a duobus simul empta res sit, aut si haereditas vel donatio communiter nobis obvenit. l. 31. D. 17. 2. l. 2. pr. D. 10. 3.

2) den Fall, wenn die Sachen verschiedener Eigenthümer vereinigt werden:

si sine voluntate dominorum casu confusae sint duorum materiae, vel ejusdem generis, vel diversae .. commune totum corpus. l. 7. §§. 8. 9. D. 41. 1.

duabus massis duorum dominorum conflatis, tota massa communis est. l. 19. pr. D. 10. 3.

und:

arbor, quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur . . . cum aut lapis exemptus, aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet. l. 19. pr. l. c.

Die einzelnen Fälle der Gemeinschaft werden, soweit nicht eine Gemeinschaft der Miterben, welche unter dem Gesichtspunkt der actio familiae herciscundae erörtert wird, vorliegt, unter dem Gesichtspunkt der actio communi dividundo zusammengestellt.

Das A. L. R. erwähnt unter besonderen Abschnitten:

1) das gemeinschaftliche Eigenthum der Miterben,

2) Gemeinschaften durch Vertrag,

und außerdem:

3) gemeinschaftliches Eigenthum überhaupt,

namentlich:

Gemeinschaften, die aus einer zufälligen Begebenheit entstanden sind. §. 8. 1. 17.

Unter den Gesichtspunkt des gemeinschaftlichen Eigenthums überhaupt fallen daher auch die nicht in Folge einer wirklich zufälligen Begebenheit, sondern in Folge eines gemeinschaftlichen Vertrages mit einem Dritten und in Folge der Handlung eines Dritten entstehenden Gemeinschaften (§. 318. 1. 9.).

Auch die in Folge der letztwilligen Anordnung eines Dritten entstehenden Gemeinschaften, soweit nicht eine Gemeinschaft von Miterben vorliegt, gehören unter diesen Gesichtspunkt.

Das A. L. R. hebt sie hervor als

Gemeinschaften, die aus Verfügungen eines Dritten entstehen. §. 7. 1. 17.

Das O. G. B. behandelt besonders:

die Verträge über eine Gemeinschaft der Güter, §. 1175. ff.;

und stellt allgemeine Grundsätze auf:

Von der Gemeinschaft des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte. §. 825. ff.

Von letzterer sagt es:

Sie gründet sich auf eine zufällige Ereignung; auf ein Gesetz; auf eine letzte Willenserklärung; auf einen Vertrag. §. 825.

Die Erwähnung des Gesetzes als Titel ist ungenau. Ohne eine gesetzliche Bestimmung entsteht keine Art der Gemeinschaft; aber keine Gemeinschaft entsteht allein auf Grund des Gesetzes, sondern jede erfordert zur Entstehung irgend einen im Gesetz vorausgesetzten Umstand.

Man hat bei dem Ausdruck „auf ein Gesetz" jedenfalls an die in Folge der Intestat-Erbfolge eintretende Gemeinschaft der Miterben gedacht; allein sie erfordert den Tod eines Menschen und das Vorhandensein mehrerer Erben, also bestimmte thatsächliche Umstände.

Der Code Napoléon erwähnt die Gemeinschaft der Miterben unter dem Gesichtspunkt de l'action en partage, enthält aber gar keine allgemeine Bestimmungen bezüglich der ohne Vertrag entstehenden Gemeinschaft. Nur unter dem Gesichtspunkt des accroissement au profit des légataires, legs fait à plusieurs conjointement, Art. 1044., und bei Gelegenheit der Lehre von droit d'accession relativement aux choses mobilières werden die Fälle zusammengestellt, in denen la chose est commune. Art. 572. 573.

§. 345.

In gesetzlich bestimmten Fällen begründet eine gemeinschaftliche Gefahr eine Gemeinschaft des Schadens.

Im Römischen Recht enthält die lex Rhodia de jactu die bezüglichen Bestimmungen.

Das A. L. R. handelt von der Gemeinschaft der Gefahr unter dem Gesichtspunkt:

von Havarei und Seeschäden. II. 8. §. 1766. sq.

namentlich auch:

von der Gemeinschaft des Schadens zwischen zwei einander beschädigenden Schiffen. §§. 1911. 1912. 1923. 1924. 1926. 1933.

Auch gründen sich auf jenes Prinzip die gesetzlichen Bestimmungen bezüglich der Deichverbände.

Das O. G. B. verweist:

auf die Seegesetze bezüglich der Seegefahren. §. 1043.

auf besondere Vorschriften bezüglich der Vertheilung von Kriegsschäden. §. 1044.

Der Code de commerce handelt:

des avaries. Art. 397. sq.

und:

du jet et de la contribution. Art. 410. sq.

Das O. G. B. enthält außerdem noch die allgemeine Bestimmung:

§. 1043. Hat Jemand in einem Nothfalle, um einen größeren Schaden von sich und Anderen abzuwenden, sein Eigenthum aufgeopfert, so müssen ihn alle, welche daraus Vortheil zogen, verhältnißmäßig entschädigen.

Ein derartiger Fall ist jedoch nach den Grundsätzen der Geschäftsführung und nützlichen Verwendung zu beurtheilen.

Soweit diese Grundsätze nicht zutreffen, kann eine Gemeinschaft des Schadens nur in den gesetzlich bestimmten Fällen angenommen werden.

2. Durch Vertrag.

§. 346.

Eine Gesellschaft ist vorhanden, wenn durch Vertrag das Vermögen der Kontrahenten ganz oder in bestimmtem Umfange zur Erreichung irgend eines gemeinschaftlichen Zweckes vereinigt wird und der Gewinn oder der Gewinn und Verlust die Kontrahenten in bestimmtem Verhältnisse trifft.

Im Römischen Recht wird daher:

1) ein Vertrag erfordert:

ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet. l. 31. D. 17. 2.

cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est. l. 32. l. c.

2) Es muß eine Vereinigung des Vermögens statt haben:

res communicari. l. 1. §. 1. l. 21. l. 58. §. 1. l. 63. §. 5. l. 67. pr. l. 74. l. c.

res, pecunia communis. l. 45. l. 47. §. 1. l. 52. §. 12. l. 65. §. 2. §. 14. l. 67. pr. §. 1. l. c.

in societatem conferre. l. 6. l. 29. pr. §. 1. l. 52. §§. 16. 17. l. 53. l. 55. l. 58. §. 1. l. 80. l. c.

inter se conferre. l. 52. §. 13. l. c.

in commune redigere. l. 73. pr. l. c.

in medium referre. l. 71. §. 1. l. c.

in communem arcam verti. l. 82. l. c.

communioni acquiri. l. 3. §. 1. l. c.

ad communionem pertinere. l. 52. §. 5.

de communi solvere. l. 27. l. c.
ex communi consequi. l. 52. §. 18. l. c.

Die in die Gemeinschaft zu gebenden Vermögensobjekte sind:
operae, industria, ars, pecunia. l. 6. l. c.
vel quaecunque altera res. l. 29. pr. l. 52. §. 2. l. 80. l. c.

Die Sozietät aber ist:
omnium, universorum bonorum — universorum, quae ex quaestu veniunt. l. 1. §. 1. l. 5. pr. l. 7. l. c.

oder:
negotiationis alicujus, sive etiam rei unius. l. 5. pr. l. c. pr. J. 3. 26. l. 63. pr. D. 17. 2.

Es ist daher keine Sozietät, wenn ein Theil gar nichts beiträgt:
Donationis causa societas recte non contrahitur. l. 5. §. 2. l. c.

3) Die Vereinigung muß zu einem gemeinschaftlichen Zwecke erfolgen:
ut et quaestus et lucri socii sint. l. 13. l. c.
compendii. l. 71. §. 1. l. c.
ad emendum. l. 52. §. 11. l. 69. l. c.
ad mercem emendam. l. 58. §. 1. l. c.
in rem certam emendam conducendamve. l. 65. §. 2. l. c.
vectigalium causa. l. 65. §. 15. l. c.
ut grammaticam docerent, et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset. l. 71. pr. l. c.
ut quidquid erogetur, vel quaereretur, communis lucri atque impendii esset. l. 73. §. 1. l. c.

4) Jeder Kontrahent muß am Gewinn Theil haben.

Es wird daher gesagt:
Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret; et hanc societatem leoninam solitum appellare; et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret; iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. l. 29. §. 2. l. c.

Zulässig war dagegen, zu verabreden:
ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit. l. 29. §. 1. l. c.
ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur. §. 2. J. 3. 26.

Es wird jedoch hinzugefügt:
quod ita demum valebit (ut et Sabinus scribit), si

tanti sit opera, quanti damnum est; plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia. Item si solus naviget, si solus peregrinetur, periculo subeat solus. l. 29. §. 1. D. 17. 2.

Auch die Gewinnraten konnten verschieden bestimmt werden:

si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere.

Es wird jedoch hinzugefügt:

si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae, vel operae, vel cujuscunque alterius rei causa. l. 29. pr. l. c.

Endlich konnten auch die Gewinnraten verschieden sein von den Verlustraten:

ut ejus lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur, et ejus damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. l. 30. l. c.

ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Sejum duae partes damni, lucri tertia. §. 2. J. 3. 26.

Die Ansicht des Quintus Mutius:

contra naturam societatis talem pactionem esse. §. 2. J. 3. 26. l. 30. D. 1. 17.

wird dadurch widerlegt:

quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. §. 2. J. 3. 26.

Das A. L. R. sagt 1. 17.:

§. 169. Ein Vertrag, durch welchen mehrere Personen ihr Vermögen oder Gewerbe, oder auch ihre Arbeiten und Bemühungen ganz oder zum Theil zur Erlangung eines gemeinschaftlichen Endzwecks vereinigen, wird ein Gesellschaftsvertrag genannt.

Es unterscheidet dann:

die allgemeine Gütergemeinschaft. §. 176.

die allgemeine Gesellschaft des Erwerbes. §§. 177. 178.

Gesellschaftsverträge, welche nur auf einen bestimmten Gegenstand oder auf ein besonderes Gewerbe oder Geschäft gerichtet sind. §. 183.

Es bestimmt demnächst:

§. 244. Der Antheil eines jeden Gesellschafters am Gewinne und Verluste muß hauptsächlich nach dem Inhalt des Vertrages beurtheilt werden.

und ferner:

§. 245. Ein Abkommen, wodurch einem der Gesellschafter aller Schade, und dem andern aller Vortheil allein angewiesen wird, ist nach den Regeln von Schenkungen zu beurtheilen.

Ein derartiger Vertrag ist also nicht unbedingt nichtig, sondern kann als Schenkung bestehen.

Die fernere Bestimmung:

> §. 246. Kann das Abkommen als Schenkungsvertrag nicht bestehen, so muß Gewinn und Verlust unter solchen Gesellschaftern nach gesetzlichen Grundsätzen vertheilt werden.

ist dagegen nicht ganz richtig.

Zuvörderst leuchtet ein, daß gedachter Paragraph für den Fall keine Anwendung findet, wenn die Absicht zu schenken vorliegt, der Vertrag aber als Schenkung wegen verabsäumter Form ungültig ist.

Demnächst aber ist die Bestimmung in dem Sinne:

> daß der Gesellschaftsvertrag im Uebrigen vollgültig bleibe und nur die Bestimmung wegen Vertheilung des Verlustes und Gewinnes nichtig sei,

unrichtig; richtig ist sie nur in dem Sinne:

> Der Vertrag ist nichtig. Ist aber durch die gemeinschaftlichen Verwendungen der Gesellschafter bereits etwas erworben, so wird ein solcher Erwerb als gemeinschaftliches Eigenthum, welches aus einer zufälligen Begebenheit entstanden ist, nach den Regeln des ersten Abschnitts beurtheilt. §. 172.

Endlich verordnet das A. L. R. richtig, daß derjenige Kontrahent, welcher am Verluste und Gewinne keinen Antheil hat, nicht als Gesellschafter anzusehen ist:

> §. 247. Hat ein Mitglied statt seines Antheils am Gewinne sich bestimmte Zinsen für ein Kapital vorbedungen, ohne an der Gefahr des Verlustes Theil nehmen zu wollen, so wird er nur als ein Gläubiger der Gesellschaft betrachtet.

Nicht ganz klar sind die Bestimmungen für den Fall, wenn Jemand den Verlust verhältnißmäßig trägt, anstatt des Gewinnantheils aber bestimmte Zinsen erhält:

> wenn Jemand der Gesellschaft bloß ein Kapital unter der Bedingung anvertraut, daß er davon höhere als die eigentlichen gesetzlichen Zinsen genießen, dagegen aber auch Gefahr und Verlust nach Verhältniß dieses Kapitals mit tragen wolle. §. 249.

Es ist nämlich nicht gesagt, ob er im Verhältniß zu den übrigen Gesellschaftern als Gesellschafter anzusehen ist. Die eingeschobenen Worte:

> ohne wirklich ein Mitglied der Gesellschaft zu werden,

lassen nämlich die doppelte Auslegung zu:

> in einem solchen Falle gilt der das Kapital Zahlende nicht als wirkliches Mitglied,

oder:

> sofern in einem solchen Falle der das Kapital Zahlende nicht wirkliches Mitglied wird.

Nur das wird bestimmt:

derselbe haftet den Gläubigern der Gesellschaft nur mit seinem eingelegten Kapital; und kann ein Mehreres zu den Sozietätsschulden beizutragen nicht angehalten werden.

Inwieweit er aber im Uebrigen als Mitglied gilt und also die Rechte und Pflichten eines Mitgliedes hat, ist nicht gesagt.

Das O. G. B. sagt:

§. 1175. Durch einen Vertrag, vermöge dessen zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen, wird eine Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerbe errichtet.

§. 1176. Jenachdem die Mitglieder einer Gesellschaft nur einzelne Sachen oder Summen, oder eine ganze Gattung von Sachen, z. B. alle Waaren, alle Früchte, alle liegenden Gründe oder endlich ihr ganzes Vermögen ohne Ausnahme der Gemeinschaft widmen, sind auch die Arten der Gesellschaft verschieden und die Gesellschaftsrechte mehr oder weniger ausgedehnt.

ferner:

§. 1193. Der Gewinn wird nach Verhältniß der Kapitalsbeiträge vertheilt.

Der Verlust wird in dem Verhältnisse vertheilt, wie im entgegengesetzten Falle der Gewinn vertheilt worden wäre. §. 1197.

Jedoch gilt das nicht unbedingt, denn es heißt:

§. 1195. Die Gesellschaft kann einem Mitgliede seiner vorzüglichen Eigenschaften oder Bemühungen wegen einen größeren Gewinn bewilligen, als ihm nach seinem Antheile zukäme, nur dürfen dergleichen Ausnahmen nicht in gesetzwidrige Verabredungen und Verkürzungen ausarten.

Es wird jedoch nur Ein Beispiel gesetzwidriger Verabredung hervorgehoben:

§. 1196. Eine solche gesetzwidrige Verabredung ist der Vertrag, wodurch Jemand für ein eingelegtes Kapital einerseits sich gegen alle Gefahr des Verlustes, sowohl in Rücksicht des Kapitals, als der Zinsen sicher stellt und von aller Mitwirkung befreit, andererseits aber dennoch einen die rechtlichen Vertragszinsen übersteigenden Gewinn bedingt.

Die Frage aber:

ob derjenige, welcher ein Kapital einlegt, und dafür bestimmte Zinsen erhält, aber auch am Verlust Theil nimmt, als Gesellschafter anzusehen ist,

beantwortet das O. G. B. nicht.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1832. La société est un contrât par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque

chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

Art. 1833. Toute société doit avoir un objet licite, et être contractée pour l'intérêt commun des parties.

Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie.

Es erwähnt dann die sociétés universelles:

la société de tous biens présents, et la société universelle de gains. Art. 1836.

und:

la société particulière qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir. Art. 1841.

Demnächst bestimmt er:

Art. 1855. La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité de bénéfices est nulle.

Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés.

Letztere Bestimmung bezieht sich also nur auf die Einlagen in den gemeinschaftlichen Betriebsfonds, also nicht auf den associé, welcher nur Dienste leistet.

C. Rechtliche Wirkung der Gemeinschaft.

1. Zwischen den Theilnehmern.

a. Das Anrecht eines jeden Theilnehmers.

α. Gleichartigkeit der Berechtigung.

αα. Im Falle einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft.

§. 347.

Im Falle einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft ist jeder Theilhaber in gleicher Weise berechtigt.

Das Römische Recht sagt daher von der actio communi dividundo:

communis est plurium personarum. l. 11. §. 2. D. 2. 1.
par causa omnium videtur. l. 13. D. 5. 1.

Das A. L. R. sagt I. 17.:

dasselbe Eigenthumsrecht kommt mehreren Personen ungetheilt zu. §. 1.

und:

es wird vermuthet, daß jeder Miteigenthümer gleiches Recht habe. §. 2.

§. 3. Die ungleiche Theilnehmung an der Sache ändert noch nichts in der Beschaffenheit des Rechts der verschiedenen Miteigenthümer.

und speziell:

§. 25. Zur Gewahrsam der Sache sind in der Regel sämmtliche Theilnehmer zugleich berechtigt.

§. 36. Auch die Verwaltung der Sache gebührt der Regel nach sämmtlichen Theilnehmern gemeinschaftlich.

Ebenso hat jeder Theilhaber Anspruch auf die theilbaren Nutzungen. §. 44.

Das O. G. B. sagt:

§. 833. Der Besitz und die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache kommt allen Theilhabern insgesammt zu.

Auch ist jeder Theilhaber bei den Nutzungen und Lasten betheiligt. §§. 839. 840.

ββ. Im Falle eines Gesellschaftsvertrages.

§. 348.

Die Rechte und Verpflichtungen der Gesellschafter bestimmt der Vertrag.

Die danach unbestimmt bleibenden Fälle sind nach den Grundsätzen einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft zu entscheiden.

Im Römischen Recht wurden durch die actio pro socio die Obligationen aus dem Vertrage geltend gemacht:

pro socio actio ad personales invicem praestationes pertinet. l. 1. D. 10. 3.

Soweit aber in Folge der Sozietät eine Gemeinschaft entstanden war, galt der Grundsatz:

nihil autem interest, cum societate, an sine societate res inter aliquos communis sit, nam utroque casu locus est communi dividundo judicio. l. 2. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 17.:

§. 9. Eben diese Vorschriften (d. h. welche bei der aus einer zufälligen Begebenheit entstandenen Gemeinschaft gelten) finden auch alsdann Anwendung, wenn die Entscheidung weder aus der Verordnung des Stifters, noch aus dem Gesellschafts-

vertrage, noch aus dem über diese bei den Arten der Gemeinschaften gegebenen besonderen Gesetzen entnommen werden kann.

und in Folge dessen namentlich:

§. 175. Die Pflichten der Verbundenen zur Erreichung des gemeinschaftlichen Endzwecks, sowie die Rechte derselben in Ansehung des dadurch zu erwerbenden Vortheils, werden im zweifelhaften Falle für gleich geachtet.

§. 206. Wenn der Vertrag nicht ein Anderes bestimmt, so ist jedes Mitglied zum Betriebe der gemeinschaftlichen Angelegenheiten auf gleiche Art befugt und verpflichtet.

§. 207. Es müssen daher in der Regel die Sozietätsgeschäfte von sämmtlichen Mitgliedern gemeinschaftlich betrieben und vollzogen werden.

Das O. G. B. sagt:

§. 826. Nach Verschiedenheit der Quellen, aus denen eine Gemeinschaft entspringt, erhalten auch die Rechte und Pflichten der Theilhaber ihre nähere Bestimmung.

Die besonderen Vorschriften über eine durch Vertrag entstehende Gemeinschaft der Güter sind in dem siebenundzwanzigsten Hauptstücke enthalten.

und:

§. 1187. Die Pflichten der Mitglieder werden durch den Vertrag genauer bestimmt.

Namentlich wird gesagt:

§. 1185. In der Regel sind alle Mitglieder verbunden, ohne Rücksicht auf ihren größeren oder geringeren Antheil, zu dem gemeinschaftlichen Nutzen gleich mitzuwirken.

Der Code Napoléon sagt:

Art, 1845. Chaque associé est débiteur envers la société de ce qu'il a promis d'y apporter.

Im Uebrigen sind:

à défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration. Art. 1859.

die Rechte aller Gesellschafter dieselben.

β. Größe des Antheils.

αα. Im Falle einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft.

ααα. Am Stamm.

§. 349.

Die Größe des Antheils eines jeden Theilhabers an dem Gegenstand der Gemeinschaft bestimmt sich nach

dem Werth dessen, was jeder Theilhaber an besonderem Vermögen in der Gemeinschaft hat.

Im Zweifel werden gleiche Antheile vermuthet.

Das Römische Recht sagt:

Pomponius scribit, si quid, quod ejusdem naturae est, ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum; utputa meum et tuum argentum in massam redactum est, erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus. Et si incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet. l. 3. §. 2. D. 6. 1.

l. 4. quo quidem casu et communi dividundo agi poterit.

nämlich um den Antheil zu ermitteln.

Dabei galt natürlich auch der Grundsatz:

in vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cujus argentum pretiosius fuerat. eod. l. c.

und bezüglich eines arbor in confinio nata und eines lapis, qui per utrumque fundum extenditur:

tantam partem utrumque habere tam in lapide quam in arbore, quantam et in terra habebat. l. 83. D. 17. 2.

Soweit sich die Antheile nicht ermitteln lassen, müssen gleiche Antheile angenommen werden:

par causa omnium videtur. l. 13. D. 5. 1.

Das A. L. R. sagt I. 17.:

Bei der Gemeinschaft des Eigenthums wird vermuthet, daß jeder Miteigenthümer ebensoviel Recht als der andere an der gemeinschaftlichen Sache habe. §. 1.

Es können aber auch die Antheile verschieden sein, und zwar:

nach Verhältniß des Werths der jedem Interessenten gehörig gewesenen Materialien zu dem Werthe des daraus entstandenen Ganzen. §. 321. I. 9.

Das O. G. B. sagt:

Im Zweifel wird jeder Antheil gleich groß angesehen. Wer das Gegentheil behauptet, muß es beweisen. §. 839.

Der Code Napoléon bestimmt:

la chose est commune aux deux propriétaires, en raison, quant à l'un, de la matière qui lui appartenait; quant à l'autre, en raison à la fois et de la matière qui lui appartenait et du prix de sa main-d'oeuvre. Art. 572.

und:

ils en acquièrent en commun la propriété, dans la proportion de la quantité de la qualité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux. Art. 573.

βββ. An Nutzungen und Lasten.

§. 350.

Nach Verhältniß des Antheils an dem Gegenstande der Gemeinschaft bestimmt sich auch der Antheil eines jeden Theilhabers an den Nutzungen und Lasten der Gemeinschaft.

Nach Römischem Recht wurden die Nutzungen nach Verhältniß der Antheile an der Sache getheilt:

si socius ejus solus aliquid ex ea re lucratus est, velut operas servi mercedesve, hoc judicio eorum omnium ratio habetur. l. 11. D. 10. 3.

fructus perceptos venire. l. 4. §. 3. l. c.

namentlich also der Erwerb eines gemeinschaftlichen Sklaven:

si communis servus in alieno invenerit, utrum pro dominii partibus, an semper aequis adquireret? Et simile est, atque in haereditate, vel legato, vel quod ab aliis donatum servo traditur, quia et thesaurus donum fortunae creditur; scilicet ut pars, quae inventori cedit, ad socios, pro qua parte servi quisque dominus est, pertineat. l. 63. §. 1. 41. 1.

si aliunde servus communis acquisierit, omnibus sociis pro parte dominii acquiritur. l. 45. l. c. l. 24. pr. D. 10. 3.

Auch die impensae:

si actor impensas aliquas in rem communem fecit. l. 11. D. 10. 3.

kamen in Rechnung:

eorum ratio habetur. eod. l. c.

impensas venire. l. 4. §. 3. l. c.

und zwar:

pro parte. l. 22. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 17.:

§. 44. Die theilbaren Nutzungen einer gemeinschaftlichen Sache müssen, im Mangel näherer Bestimmungen, allemal nach Verhältniß der Anrechte eines jeden Interessenten getheilt werden.

§. 45. Nach gleichem Verhältnisse muß auch jeder Theilnehmer zu den Lasten der Sache und zu den Kosten, welche darauf zu verwenden sind, beitragen.

Das O. G. B. sagt:

§. 839. Die gemeinschaftlichen Nutzungen und Lasten werden nach Verhältniß der Antheile ausgemessen.

ββ. Im Falle eines Gesellschaftsvertrages, — am Stamm, — am Gewinn und Verlust.

§. 351.

Soweit der Gesellschaftsvertrag nicht etwas Anderes bestimmt, gelten folgende Grundsätze:

1) Der zum Betriebe der gemeinschaftlichen Geschäfte bestimmte Fonds bildet den Stamm des Vermögens der Gesellschaft.
2) Jeder Gesellschafter muß in gleichem Verhältnisse dazu beitragen.
3) Den Verlust am gemeinschaftlichen Fonds tragen alle Mitglieder, welche dazu beigetragen haben, nach Verhältniß ihres Beitrages. Wer nur Dienste zu leisten hat, trägt den Verlust nicht.
4) Den nach Abzug des gemeinschaftlichen Fonds verbleibenden Gewinn theilen alle Mitglieder der Gesellschaft nach Verhältniß des Beitrages zum Fonds. Dabei werden diejenigen, welche nur Dienste zu leisten hatten, demjenigen gleichgestellt, welcher den geringsten Beitrag zu leisten hatte.

Das Römische Recht kennt den Begriff des Fonds nicht, es kann daher auch die Frage nicht beantworten:

ob bezüglich einer partikulären Gesellschaft die bloß Dienste leistenden Gesellschafter Miteigenthümer des Fonds werden.

Dies übersieht Koch, wenn er meint, im Römischen Recht fehle eine bezügliche Bestimmung. II. 526.

Das Römische Recht geht vielmehr von folgenden Grundsätzen aus:

1) Im Falle einer societas omnium bonorum gilt der Grundsatz:

In societate omnium bonorum omnes res, quae coëuntium sunt, continuo communicantur. l. 1. §. 1. D. 17. 2.

Quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. l. 2. l. c.

Bezüglich der Obligationen dagegen galt die Regel:

Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu. l. 3. pr. l. c.

sed actiones invicem praestare debent. eod. l. c.

Nähere Bestimmungen enthalten l. 52. §§. 16. 17. 18. l. 53. 54. 55. l. c.

2) Im Falle einer societas particularis dagegen wurden gemeinschaftliches Eigenthum aller socii, also auch der nur Dienste leistenden, alle in die Sozietät konferirten Sachen und alle socii erwarben einen Anspruch:

ad communicandas partes. l. 63. §. 5. l. c.

Es wurde dabei nicht unterschieden zwischen den zum Betriebe der Sozietät bestimmten und den durch den Betrieb des gemeinschaftlichen Geschäfts erworbenen Sachen. Es wird daher:

a) bezüglich der zum Betrieb des Geschäfts bestimmten Sachen gesagt:

Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad mercem emendam, et mea pecunia perisset, cui perierit ea? Et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire; si vero ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, quia non societati periit. l. 58. §. 1. l. c.

si id, quod quis in societatem contulit, extinctum sit, videndum, an pro socio agere possit. Tractatum ita est apud Celsum libro septimo Digestorum ad epistolam Cornelii Felicis: Cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes.

In diesem Falle ging der Vertrag dahin:

non habendae, sed vendendae.

Erst in Folge des Verkaufs kam der Vertrag zur Ausführung und es galt daher der Satz:

si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi.

Ging dagegen der Vertrag dahin:

Caeterum, si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam,

so hatte eine communicatio stattgefunden, und es galt der Satz:

non dubie adhuc socii sumus. l. 58. pr. l. c.

b) bezüglich der erworbenen Sachen galt der Grundsatz:

quod emit (socius), ipsius fit, non commune; sed

societatis judicio cogitur rem communicare. l. 74. l. 58. pr. l. c.

Nach der communicatio traf der Schaden alle socii: utriusque domini periculum esse. l. 9. D. 10. 3.

Kam es demnächst auf eine Ermittelung des Gewinnes oder Verlustes an, so wurden:

1) die gemeinschaftlichen Sachen vermittelst der actio communi dividundo getheilt, und die bezüglich ihrer bestehenden Ansprüche ausgeglichen:

In communi dividundo judicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum, quae communes sint; et quid in his damni datum factumve est, sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum, aut ad eum pervenit ex re communi. l. 3. pr. l. c.

quibus casibus, si quid forte unus in eam rem impenderit, sive fructus, mercedesve unus perceperit, vel deteriorem fecerit rem, non societatis judicio locus est, sed communi dividundo. l. 34. D. 17. 2.

Nihil autem interest, cum societate, an sine societate res inter aliquos communis sit, nam utroque casu locus est communi dividundo judicio. l. 2. pr. D. 10. 3.

2) Demnächst wurden durch die actio pro socio die persönlichen Ansprüche ausgeglichen:

pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem. l. 1. l. c.

pro socio (actio) et nominum rationem habet, et adjudicationem non admittit. l. 43. D. 17. 2.

Es liquidirte also jeder socius alle besonderen Auslagen:

si quid in medicos impensum est. l. 52. §. 4. D. l. c.

jedoch nur, was:

in societatem, nicht was nur propter societatem impensum est. l. 60. §. 1. l. c.

namentlich also liquidirte Jeder seine Einlagen und allen besonderen Schaden, den er in Folge der Ausführung der gemeinschaftlichen Geschäfte erlitten:

si suam pecuniam perdidit, res proprias perdidit.

rerum caeterarum, quas secum non tulisset, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur..

cum non alias merces quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient; nam siculi lucrum ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit. l. 52. §. 4. l. c.

Dagegen konnte kein socius den Werth der geleisteten Dienste in Rechnung stellen, wenn nicht der Vertrag ihm ein Recht dazu gab.

In gleicher Weise wurde der besondere Gewinn in Rechnung gestellt:

compendia aequaliter inter socios dividi. l. 3. C. 4. 37.

ad communicandas partes, ut utriusque portio exaequetur. l. 63. §. 5. D. 17. 2.

jedoch mit Ausschluß des:

compendium, quod propter societatem ei contigisset. l. 60. §. 1. l. c.

und mit Ausschluß dessen, was nicht in Ausführung des commune negotium (l. 52. pr. l. c.), z. B. im Falle einer argentaria societas non ex argentaria causa, sondern aliunde gewonnen wurde (l. 52. §§. 5. 6. l. c.).

Durch diese gegenseitige Berechnung stellt sich der Saldo an Gewinn oder Verlust heraus:

neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. l. 30. l. c.

Der sich so herausstellende Gewinn oder Verlust wurde vertheilt, und dabei konnte der Werth der operae von Belang sein.

Es wurde nämlich die Rate des einzelnen socius am Gewinn oder Verlust zunächst nach dem Inhalt des Vertrages bestimmt.

Wenn die Raten durch den Vertrag nicht bestimmt waren, so konnten sie entweder:

1) vom arbitrium boni viri abhängig gemacht sein.

In diesem Falle galt der Satz:

ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, gratiae, pecuniae in societatem collaturus erat. l. 6. l. 76—80. l. c.

und das arbitrium blieb entscheidend, ausgenommen:

si arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat. l. 79. l. c.

2) Wenn der Vertrag gar nichts bestimmte, galt die Regel:

si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat. l. 29. pr. l. c.

Es hatte also auch der nur Dienste leistende socius verhältnißmäßigen Antheil am Gewinn und Verlust.

Das A. L. R. geht von einer anderen Auffassung aus, indem es den Fonds der Gesellschaft unterscheidet vom Verlust und Gewinn.

Es sagt 1. 17.:

§. 198. Der zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäfts zusammengetragene Fonds ist von Zeit des geschlossenen Vertrages an als gemeinschaftliches Eigenthum anzusehen.

Die Worte „der zusammengetragene Fonds", sowie die Worte:

Mobilien und Effekten, welche überliefert worden. §. 201.
lassen schließen, daß nicht der zusammenzutragende Fonds, sondern nur der wirklich zusammengetragene Fonds gemeinschaftliches Eigenthum ist. Der vor der Zusammentragung eintretende Schaden trifft also nicht die Gesellschaft, sondern den Betheiligten.

Nur bezüglich der Grundstücke wird gesagt:

sie werden in Ansehung der Gesellschafter unter sich, auch ohne förmliche Zuschreibung, als gemeines Eigenthum angesehen. §§. 199. 200.

also von Zeit des geschlossenen Vertrages. Von dieser Zeit an trifft also der Schaden davon die Gesellschaft.

Bezüglich dieses gemeinschaftlichen Fonds gilt der Grundsatz:

§. 189. Wenn der Vertrag nicht ein Anderes bestimmt, so ist jedes Mitglied zu dem gemeinschaftlichen Fonds in gleichem Verhältnisse beizutragen schuldig.

Dieser Fonds bildet die Grundlage bei Berechnung des Gewinnes oder Verlustes der Gesellschaft.

Es wird nämlich bestimmt:

§. 241. Alles, was nach Abzug der gemeinschaftlichen Schulden, der zum Betriebe des Geschäfts verwendeten Kosten, des zur Gesellschaft gewidmeten Kapitals und der von den Mitgliedern zusammengebrachten Beiträge, an gemeinschaftschaftlichem Vermögen übrig bleibt, gehört zum Gewinn der Gesellschaft.

§. 242. Soweit als vorstehende Posten aus dem gemeinschaftlichen Vermögen nicht gedeckt werden können, ist Verlust vorhanden.

Dabei gelten noch folgende Grundsätze:

1) bezüglich der operae:

§. 228. Für die zum Besten der Gesellschaft angewendeten Bemühungen kann ein Gesellschafter sich keine ihm nicht versprochene Belohnung anrechnen.

§. 229. Für solche Arbeiten aber, die zum gewöhnlichen Betriebe der Sozietätsgeschäfte nicht gehören und eine besondere Kunst oder Wissenschaft erfordern, kann er den gewöhnlichen Preis in Rechnung bringen.

2) bezüglich der bei Ausrichtung der Sozietätsgeschäfte gehabten Kosten erhält er Ersatz (§§. 219—227.), und:

für die bei solcher Gelegenheit erlittenen Schäden kann er unter eben den Umständen, wie ein Bevollmächtigter, Ersatz fordern. §. 227.

d. h.:

wenn er nach bestimmter Vorschrift des Vertrages handelte. (§. 81. 1. 13.)

also nicht, wenn er sich ohne Grund in Gefahr begab.

Hierin liegt keineswegs, wie Koch meint, eine wesentliche Abweichung vom Römischen Recht. III. 532.

3) bezüglich der besonderen Vortheile gilt der Satz:

> §. 233. Hat ein Gesellschafter, zwar nur in seinem Namen, aber in Angelegenheiten der Sozietät, einen Vertrag geschlossen, so ist er schuldig, den daraus entstandenen Vortheil der Gesellschaft zu überlassen.

Was nun die Antheile am Gewinn und Verlust anbelangt, so entscheidet hierüber vor Allem:

der Inhalt des Vertrages. §. 244.

In Ermangelung einer ausdrücklichen Verabredung gilt zwar im Allgemeinen der Satz:

> §. 205. Sobald die Gesellschaft ihren Anfang genommen hat, sind Nutzen und Schaden den Interessenten nach Verhältniß ihrer Antheile gemein.

Es bestimmt sich jedoch dieser Satz näher dahin:

1) Es ist Verlust vorhanden.

Es wird gesagt:

> §. 256. Ein vom Geldbeitrage entbundener Gesellschafter kann zur Uebertragung eines Antheils von dem am Fonds der Gesellschaft entstandenen Verluste, außer dem Falle einer ausdrücklichen Verabredung, nicht angehalten werden.
>
> §. 257. Vielmehr besteht sein Antheil an dem Verluste nur in der Entbehrung der für seine Bemühungen zum gemeinschaftlichen Besten gehofften Belohnungen.

In dieser Bestimmung liegt allerdings eine wesentliche Abweichung vom Römischen Recht, die aber aus der Aufstellung des Begriffs „Fonds der Gesellschaft" sich ganz natürlich ergiebt. Will ein Gesellschafter sich dem nicht unterwerfen, so ist es seine Sache, beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages eine andere Abrede zu treffen.

Koch meint aber III. 529.:

> Das Prinzip führt zur Absurdität; denn wenn in dem gegebenen Falle z. B. ein Seefahrer mehrere Jahre seine Dienste geleistet hätte und die Unternehmungen keinen Erfolg gehabt hätten, d. h. kein Gewinn und kein Verlust eingetreten wäre, so hätten die Viere, die ihren ganzen Einschuß zurückerhielten, nichts verloren, und der Fünfte trüge den Verlust seiner jahrelangen Dienstleistungen für die Gesellschaft ganz allein.

und:

> Die Bemerkung von Suarez, daß der nur operas konferirende socius finita societate an die Einlagen der geldbeitragenden sociorum keinen Anspruch machen kann, ist eine merkwürdige Probe von auffallender Rechtsunkenntniß. III. 528.

Dieser Vorwurf entbehrt allen Grundes.

Einmal ist das Beispiel sehr unpassend gewählt, denn ein See-

fahrer wird in der Regel den gewöhnlichen Lohn in Rechnung stellen können. §. 229. I. 7. A. L. R.

Sodann aber ist Kochs Ansicht gänzlich verkehrt, und kann zu Absurditäten führen.

Ist kein Gewinn und kein Verlust vorhanden, so haben die Geld Einlegenden Jahre lang ihre Gelder nutzlos liegen gehabt, und das rechnet jeder Geschäftsmann für einen Schaden. Die Einlegenden haben also den Schaden, einen gehofften Gewinn nicht erlangt zu haben; denselben Schaden hat auch der Dienstleistende, der nach §. 228. von Haus aus weiß, daß er für seine Bemühungen nur auf den etwanigen Gewinn angewiesen wird.

Wollte man nun aber gar, wie Koch will, demjenigen, der nicht eingelegt hat, einen Antheil am Fonds zusprechen, so würde er möglicher Weise einen mit seinen Dienstleistungen gar nicht im Verhältniß stehenden Vortheil erlangen, während die Einlegenden nur Schaden hätten und sogar von ihrem eingelegten Kapital einen Antheil abgeben müßten.

Eine derartige Bestimmung enthält auch das Römische Recht nicht. Nicht der Betriebsfonds, sondern alle gemeinschaftlichen Sachen werden getheilt, und Gewinn und Verlust wird gemeinsam getragen.

Wenn also Suarez die landrechtliche Bestimmung angemessen fand, so ist keineswegs zu folgern:

er habe keine Kenntniß von der Kontroverse gehabt;

vielmehr läßt Kochs Aeußerung ersehen, daß er den wesentlichen Unterschied des A. L. R. vom Römischen Recht ganz unrichtig aufgefaßt hat.

2) Wenn Gewinn vorhanden ist, so wird der Gewinn vertheilt:

nach Verhältniß des Beitrages zum gemeinschaftlichen Fonds.

§. 251.

und dabei gilt der Satz:

§. 253. Ist nur ein oder anderes Mitglied vom Beitrage zu dem gemeinschaftlichen Fonds entbunden worden, so wird sein im Kontrakt unbestimmt gebliebener Antheil am Gewinne dem Antheile desjenigen, welcher den mindesten Kapitalsbeitrag geleistet hat, gleich gesetzt.

Daraus folgt:

§. 254. Haben die übrigen Mitglieder alle gleichen Kapitalsbeitrag geleistet, so hat der von diesem Beitrage ganz entbundene Gesellschafter am Gewinn mit ihnen gleichen Antheil.

und ferner:

§. 252. Haben sämmtliche Mitglieder nur durch ihre Arbeit den gemeinschaftlichen Vortheil zu befördern sich verbunden, so ist ihr Antheil am Gewinn und Verlust gleich.

Das O. G. B. schließt sich dem A. L. R. an.

Es verordnet:

§. 1182. Alles, was ausdrücklich zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäfts bestimmt worden ist, macht das Kapital oder den Hauptstamm der Gesellschaft aus.

§. 1183. Wenn Geld, verbrauchbare oder zwar unverbrauchbare, jedoch in Geldwerth angeschlagene Sachen eingelegt werden, so ist nicht nur der daraus verschaffte Nutzen, sondern auch der Hauptstamm in Rücksicht der Mitglieder, welche hierzu beigetragen haben, als ein gemeinschaftliches Eigenthum anzusehen.

Wer nur seine Mühe zum gemeinschaftlichen Nutzen zu verwenden verspricht, hat zwar auf den Gewinn, nicht aber auf den Hauptstamm einen Anspruch. (§. 1192.)

Nicht bloß bezüglich des Betriebsfonds, sondern allgemein sagt das O. G. B.:

§. 1181. Der Gesellschaftsvertrag gehört zwar unter die Titel ein Eigenthum zu erwerben, die Erwerbung selbst aber und die Gemeinschaft der Güter oder Sachen kommt nur durch die Uebergabe derselben zu Stande.

und bezüglich unbeweglicher Güter:

durch die Einverleibung. §. 431.

Ferner bestimmt es:

§. 1184. Jedes Mitglied ist, außer dem Falle einer besonderen Verabredung, verbunden, einen gleichen Antheil zum gemeinschaftlichen Hauptstamm beizutragen.

Bezüglich der Vertheilung von Verlust und Gewinn sagt es:

1) bei Verlust:

§. 1197. Hat die Gesellschaft ihre Einlage ganz oder zum Theil verloren, so wird der Verlust in dem Verhältnisse vertheilt, wie im entgegengesetzten Falle der Gewinn vertheilt worden wäre.

Wer kein Kapital gegeben hat, büßt seine Bemühungen ein.

2) bei Gewinn:

§. 1092. Das Vermögen, welches nach Abzug aller Kosten und erlittenen Nachtheile über den Hauptstamm zurückbleibt, ist der Gewinn. Der Hauptstamm selbst bleibt ein Eigenthum derjenigen, welche dazu beigetragen haben, außer es wäre der Werth der Arbeiten zum Kapitale geschlagen und Alles als ein gemeinschaftliches Gut erklärt worden.

§. 1193. Der Gewinn wird nach Verhältniß der Kapitalsbeiträge vertheilt, und die von allen Mitgliedern geleisteten Arbeiten heben sich gegen einander auf.

Wenn ein oder einige Mitglieder bloß arbeiten, oder nebst

dem Kapitalsbeitrage zugleich Arbeiten leisten, so wird für die Bemühungen, wenn keine Verabredung besteht und die Gesellschafter sich nicht vereinigen können, der Betrag mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Geschäfts, die angewendete Mühe und den verschafften Nutzen vom Gericht bestimmt.

Der Code Napoléon schließt sich dem Römischen Recht an.

1) Bezüglich der société de tous biens présents wird gesagt:

est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer. Art. 1837.

Es ist anzunehmen, daß die Gemeinschaft ohne Uebergabe lediglich durch den Vertrag entsteht.

2) Bezüglich der société particulière heißt es:

Art. 1843. La société commence à l'instant même du contrât, s'il ne désigne une autre époque.

Dies gilt jedoch nur bezüglich der gegenseitigen Obligationen:

Art. 1845. Chaque associé est débiteur envers la société de ce qu'il a promis d'y apporter.

Die Gemeinschaft der Güter entsteht erst in Folge der Konferirung. Daher wird gesagt:

Art. 1867. Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose,

so trifft den Versprechenden:

la perte survenue avant que la mise en soit effectuée.

oder, wie der Code Napoléon sagt:

opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.

Dagegen trifft die Gesellschaft:

la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. Art. 1867.

Für diesen Fall wird gesagt:

la société n'est pas rompue.

Bei Berechnung des Gewinnes oder Verlustes gilt der Grundsatz:

Art. 1852. Un associé a action contre la société non seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle, mais encore à raison des obligations qu'il a contrâctées de bonne foi pour les affaires de la société, et des risques inséparables de sa gestion.

Kein Gesellschafter aber darf ohne besondere Verabredungen seine Bemühungen in Rechnung stellen.

Bezüglich der Vertheilung von Gewinn und Verlust gilt der Grundsatz:

a) Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le réglement des parts:

ce réglement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité. Art. 1854.

b) außer diesem Falle aber:

Art. 1853. Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société.

und dabei gilt der Satz:

A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.

γγ. Zeitpunkt der Berechnung und Vertheilung des Gewinnes und Verlustes.

§. 352.

Nutzen und Schaden, und Gewinn und Verlust, sind bei Beendung der Gemeinschaft oder Gesellschaft oder bei länger dauernden Gemeinschaften oder Gesellschaften alljährlich zu berechnen oder zu vertheilen.

Im Römischen Recht wurde in der Regel durch die actio communi dividundo:

ultra divisionem rerum ipsarum

auch ermittelt:

quid in his damni datum factumve est, sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum, aut ad eum pervenit ex re communi. l. 3. pr. D. 10. 3.

Es wird jedoch auch gesagt, daß:

impendiorum nomine utile judicium dari deberi in socium etiam manente rei communione. l. 14. §. 1. D. 10. 3.

Die actio pro socio ging in der Regel auf völlige Auseinandersetzung, also Berechnung des gesammten Gewinnes und Verlustes:

neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. l. 30. D. 17. 2.

Es wird jedoch auch hier gesagt:

Nonnunquam necessarium est, et manente societate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est, propterque varios contractus neutri expe-

dial recedere a societate, nec refertur in medium, quod ad alterum pervenerit. l. 65. §. 15. l. c.

Das A. L. R. sagt bezüglich der Gesellschaft I. 17.:

§. 261. Die Rechnung über Gewinn und Verlust muß, wenn nichts Besonderes verabredet ist, nach erfolgter Beendigung des gemeinschaftlichen Geschäfts, falls aber dieses durch mehrere Jahre fortwähret, alljährig abgeschlossen werden.

§. 262. Zum Nachtheile der vom Geldbeitrage befreiten Mitglieder kann der Verlust eines vorhergehenden Jahres, im Mangel ausdrücklicher Verabredungen, bei der Berechnung über ein folgendes, von dem Gewinne desselben nicht abgezogen werden.

§. 263. Ueber seinen Antheil am Gewinn ist jedes Mitglied frei zu verfügen und denselben aus der Gesellschaft herauszuziehen berechtigt.

§. 264. Auch die Mehrheit der Stimmen kann kein Mitglied zu einer im Vertrage nicht verabredeten Zurücklassung seines Antheils am Gewinne, zur Verstärkung des gemeinschaftlichen Fonds, wider seinen Willen verpflichten.

§. 265. Dagegen muß aber auch ein jeder Gesellschafter mit der baaren Herauszahlung seines Antheils am Gewinne sich so lange gedulden, bis dieselbe ohne Zerrüttung der fortzusetzenden Geschäfte stattfinden kann.

Das O. G. B. sagt:

§. 1199. Die Schlußrechnung und Theilung des Gewinnes oder Verlustes kann vor Vollendung des Geschäfts nicht gefordert werden.

Wenn aber Geschäfte betrieben werden, die durch mehrere Jahre fortdauern und einen jährlichen Nutzen abwerfen sollen, so können die Mitglieder, wenn anders das Hauptgeschäft darunter nicht leidet, jährlich sowohl die Rechnung als die Vertheilung des Gewinnes verlangen.

b. Verfügung über die Gemeinschaft durch Beschluß der Theilhaber.

α. Im Falle einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft.

§. 353.

Wenn die Theilhaber an einer Gemeinschaft sich über die bezüglich eines Gegenstandes der Gemeinschaft zu treffenden Maaßregeln nicht einigen, so entscheidet die Mehrheit der Stimmen.

Wenn die Minderheit der Ausführung des Be=

schlusses der Mehrheit widerspricht und zugleich die Aufhebung der Gemeinschaft beantragt, oder, sofern ihr das Recht zu einem solchen Antrage noch nicht zusteht, richterliche Entscheidung beantragt, so darf der Beschluß nur in Ausführung gebracht werden, wenn der Richter entscheidet, daß der Beschluß im Interesse der Gemeinschaft in Ausführung zu bringen ist und die Minderheit gegen etwaigen Schaden sicher=gestellt wird.

Im Römischen Recht war zu unterscheiden:

1) Es handelt sich um eine vorzunehmende Maaßregel.

Jeder Theilhaber konnte durch seinen Widerspruch jede Maaßregel verhindern:

Et magis dici potest, prohibendi potius, quam faciendi, esse jus socio. l. 11. D. 8. 5.

Sabinus, in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. l. 28. D. 10. 3.

Die Frage:

an unus ex sociis in communi loco invitis caeteris jure aedificare possit, id est, an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri, jus sibi esse aedificare; et an socii cum eo ita agere possint, jus sibi prohibendi esse, vel illi jus aedificandi non esse . . .

wird daher dahin entschieden:

et magis dici potest, prohibendi potius, quam faciendi esse jus socio; quia magis ille, qui facere conatur, (ut dixi) quodammodo sibi alienum quoque jus praeripit, si, quasi solus dominus, ad suum arbitrium uti jure communi velit. l. 11. D. 8. 5.

Im Verhältniß der socii zu einander behielt daher jeder socius seinen eigenen Willen und war nicht verpflichtet, sich der Mehrheit unterzuordnen.

Wenn jedoch ein Theilhaber der Ansicht war, daß eine Verfügung nöthig sei, so konnte er darüber richterliche Entscheidung beantragen:

si aedes communes sint, aut paries communis, et eum reficere vel demolire, vel in eum immittere

quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur. l. 12. D. 10. 3.

Der judex entschied nach Grundsätzen der bona fides:

bonae fidei sunt . . . communi dividundo. §. 28. J. 4. 6.

und zwar nach dem Gesichtspunkt:

quod omnibus utilissimum est . . . sequi convenit. l. 21. D. 10. 3.

2) Es hatte Jemand irgend eine Verfügung vorgenommen und zwar:

a) ein Bauwerk, resp. Werk:

et si aedificatum jam sit. l. 11. D. 8. 5.
factum opus. l. 28. D. 10. 3.

Es entstand die Frage:

non possit cum eo ita experiri, jus tibi non esse ita aedificatum habere. l. 11. D. 8. 5.

Diese Frage wird in der Art entschieden:

ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit . . . quodsi quid absente socio ad laesionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur. l. 28. D. 10. 3.

Natürlich hatte ersteren Falles der Theilhaber eine Klage auf Entschädigung (damnum sarciri poterit), ausgenommen, si facienti consensit. eod. l. c.

b) Hatte ein Theilhaber eine andere Verfügung, namentlich also eine Verwaltungsmaaßregel vorgenommen, z. B.:

locando fundum communem, sive colendo. l. 6. §. 2. l. c.

so war zu unterscheiden:

α) si id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit — communi dividundo judicio locus erit., d. h. lucrum und damnum war zu theilen;

β) alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem, eaque tenetur. eod. l. c.

Es wurde jedoch im ersteren Falle vorausgesetzt:

communi nomine id fecit, d. h. im gemeinsamen Interesse, nicht ut solus lucretur. eod. l. c.

Das A. L. R. geht von einer andern Ansicht aus.

Die Mehrheit der Stimmen entscheidet l. 17.:

1) unbedingt (schlechterdings, ohne weitere Rückfrage §§. 19. 20.):

a) bezüglich der Frage:

ob und wie bloß zur Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache Veranstaltungen zu treffen sind. §. 19.

b) und wenn die Theilnehmer darüber einig sind, daß eine Veränderung getroffen werden müsse, und nur über die Art, wie sie geschehen solle, gestritten wird. §. 20.

c) bezüglich folgender Verwaltungsmaaßregeln:
   α) ob Pacht oder Administration stattfinden solle. §. 38.
   β) bei Auswahl der Person des Administrators und Veränderungen in der Person desselben. §§. 40. 43.

Außerdem enthält es für einzelne Fälle besondere Bestimmungen, nämlich:

α) Wenn die gemeinschaftliche Verwaltung nicht statt hat, so muß ein gemeinschaftlicher Administrator bestellt oder die Sache für gemeinschaftliche Rechnung verpachtet werden. §. 37.

β) Steht es fest, daß die Verpachtung Statt haben soll, so hat die Meinung desjenigen, welcher auf öffentliche Versteigerung der Pacht anträgt, den Vorzug. §. 39.

γ) Endlich giebt es bestimmte Normen an für den Fall, wenn die Sache nicht in gemeinschaftlichem Besitz gehalten werden kann. §. 26 sq.

2) Abgesehen von vorstehenden Fällen wird verordnet:

§. 12. Wenn es aber auf Verfügungen über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache oder die Art ihrer Verwaltung oder Benutzung ankommt, so entscheidet in der Regel die Mehrheit der Stimmen.

Unter letzteren Gesichtspunkt fällt auch der Fall:

wenn die gemeinschaftliche Verwaltung nach der Natur der Sache zwar zuläßig, aber nach Stimmenmehrheit nicht stattfinden soll. §. 37.

Es ergiebt sich:

1) Man unterschied Veranstaltungen bloß zur Erhaltung der Sache und andere Verfügungen über die Substanz der Sache, also Veränderungen der Sache, und bezüglich letzterer die Fragen: **ob** und **wie** die Veränderung zu bewirken; allein es ist übersehen, daß auch durch die zur Erhaltung der Sache beschlossenen Maaßregeln und durch die Art und Weise der beschlossenen Veränderung die Minderheit wesentlich beeinträchtigt werden kann, z. B. in Folge der unverhältnißmäßigen Kosten. Die Minderheit würde nur geschützt sein, wenn man erhebliche und unerhebliche Maaßregeln unterschiede,

allein dieser Unterschied ist ein zu unbestimmter, und es würde gestritten werden, ob die Maaßregel erheblich ist oder nicht. Es dürfte daher am angemessensten sein, der Minderheit in allen Fällen, wenn sie sich durch einen Beschluß, welcher die Substanz der Sache betrifft, beeinträchtigt glaubt, das Recht zu geben, die Ausführung des Beschlusses so lange zu verhindern, bis richterliche Entscheidung erfolgt. Nur wird es dann nöthig, erforderlichen Falles ein schleuniges prozessualisches Verfahren möglich zu machen.

2) Wenn es sich um die Art der Verwaltung und Benutzung handelt, würde sich wieder nur zwischen erheblichen und unerheblichen Maaßregeln unterscheiden lassen. Es dürfte daher auch hierbei am angemessensten sein, nur in den speziell hervorgehobenen Fällen die Mehrheit unbedingt entscheiden zu lassen, im Uebrigen aber es bei der Bestimmung der §§. 12 sq. zu belassen

Der Schutz, den das A. L. R. der Minderheit in den Fällen des §. 11 giebt, besteht darin:

§. 13. Der mindere Theil der Miteigenthümer muß sich also dem Schlusse der mehrern unterwerfen oder die Aufhebung der Gemeinschaft fordern.

§. 14. Wählt der Widersprechende Letzteres, so darf in der Zwischenzeit bis zur vollendeten Auseinandersetzung wider seinen Willen keine Veränderung vorgenommen werden.

Allein dadurch kann wieder die Mehrheit verletzt werden, nämlich wenn die Auseinandersetzung zwar alsbald begonnen worden, aber nicht sofort beendet sein kann. Es ist daher eine zu beschränkte Bestimmung, wenn das A. L. R. fortfährt:

§. 15. Kann die Gemeinschaft entweder gar nicht oder innerhalb einer gewissen noch nicht zu Ende gelaufenen Zeit nicht aufgehoben werden, so ist der Widersprechende befugt, auf richterliche Untersuchung, ob die von den übrigen Theilhabern beschlossene Verfügung zum gemeinschaftlichen Besten gereiche, anzutragen.

Es muß diese Bestimmung dahin verallgemeinert werden:

daß nicht bloß die Minderheit auf gerichtliche Untersuchung provoziren darf, sondern auch die Mehrheit, wenn sie glaubt, daß ein Aufschub in der Ausführung des Beschlusses nachtheilig ist.

Es bedarf dann auch keiner Fristbestimmung, wie Bornemann IV. 6. vorschlägt.

Demnächst verordnet das A. L. R.:

§. 16. Findet sich dieses nicht, so darf wider den Willen

auch nur eines Theilhabers an der Sache, in deren Verwaltung und Benutzung nichts geändert werden.

§. 17. Findet sich aber, daß die Verfügung zum gemeinschaftlichen Vortheile gereiche und dem Widersprechenden unschädlich sei, so muß der Richter die Einwilligung des Letzteren ergänzen.

§. 18. Ein Gleiches muß geschehen, wenn aus der streitigen zum gemeinschaftlichen Vortheile gereichenden Verfügung zwar einiger besonderer Schaden für den Widersprechenden entsteht; die Uebrigen aber, ihn dafür vollständig schadlos zu halten, bereit und vermögend sind.

Das O. G. B. sagt:

In Angelegenheiten, welche nur die ordentliche Verwaltung und Benutzung des Hauptstammes betreffen, entscheidet die Mehrheit der Stimmen. §. 833.

§. 834. Bei wichtigen Veränderungen aber, welche zur Erhaltung oder bessern Benutzung des Hauptstammes vorgeschlagen werden, können die Ueberstimmten Sicherstellung für künftigen Schaden, oder, wenn diese verweigert wird, den Austritt aus der Gemeinschaft verlangen.

§. 835. Wollen sie nicht austreten oder geschähe der Austritt zur Unzeit, so soll das Loos, ein Schiedsmann, oder wofern sie sich darüber nicht einhellig vereinigen, der Richter entscheiden, ob die Veränderung unbedingt oder gegen Sicherstellung stattfinden soll oder nicht.

§. 836. Ist ein Verwalter der gemeinschaftlichen Sachen zu bestellen, so entscheidet über dessen Auswahl die Mehrheit der Stimmen.

Der Code Napoléon enthält keine Bestimmung für den Fall einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft.

§. 354.

Die Stimmen werden nach Verhältniß der Antheile der Theilhaber an der Gemeinschaft gezählt. Bei Stimmengleichheit entscheidet der Richter.

Das A. L. R. sagt 1. 17.:

§. 21. Der Regel nach werden in allen Fällen, wo die Stimmenmehrheit entscheiden soll, die Stimmen nicht nach den Personen, sondern nach Verhältniß der Antheile der Interessenten gezählt.

Die fernere Bestimmung:

§. 22. Wenn es aber auf bloße persönliche Gerechtsame

und nicht auf die gemeinschaftliche Sache selbst, deren Verwaltung und Benutzung ankommt, so geschieht die Stimmenzählung nach den Personen,

gehört nicht in das Privatrecht. (Vergl. §. 605. II. 11. §. 29. II. 17. A. L. R.)

§. 23. Bei vorhandener Stimmengleichheit muß der Streit durch Compromiß, oder, wenn auch darüber die Theilnehmer sich nicht einigen können, durch richterlichen Ausspruch entschieden werden.

Eine Ausnahme zu Gunsten eines Mitinteressenten vor einem Fremden enthält §. 41.

Das O. G. B. sagt:

Es entscheidet die Mehrheit der Stimmen, welche nicht nach den Personen, sondern nach Verhältniß der Antheile der Theilnehmer gezählet werden. §. 833.

Diese Arten der Entscheidung (das Loos, ein Schiedsmann, oder, wofern die Theilnehmer sich darüber nicht einhellig einigen, der Richter) treten auch bei gleichen Stimmen der Mitglieder ein. §. 835.

β. Im Falle eines Gesellschaftsvertrages.

§. 355.

Soweit der Gesellschaftsvertrag nicht etwas Anderes bestimmt, müssen die Geschäfte der Gesellschaft nach dem Beschlusse der Mehrheit betrieben werden, oder, bei einem Widerspruch der Minderheit, nach richterlicher Entscheidung.

Die Stimmen werden nach den Personen gezählt.

Mitglieder, welche vom Betriebe der Geschäfte ausgeschlossen sind, stimmen nur mit, wenn ein Geschäft unternommen werden soll, welches im Societätsvertrage nicht vorausgesehen ist.

Bestimmungen des Societätsvertrages können durch Stimmenmehrheit nicht abgeändert werden.

Im Römischen Recht kamen, soweit es sich um gemeinschaftliches Eigenthum handelte, die Grundsätze vom gemeinschaftlichen Eigenthum zur Anwendung.

Im Uebrigen handelte jeder socius selbstständig für sich.

Das A. L. R. bestimmt I. 17.:

§. 207. Es müssen daher in der Regel die Societätsgeschäfte von sämmtlichen Mitgliedern gemeinschaftlich betrieben und vollzogen werden.

§. 208. Doch bedarf es der Zuziehung solcher Mitglieder, die nur zum Geldbeitrage, nicht aber zum Betriebe der Geschäfte sich verbunden haben, nur alsdann, wenn Handlungen unternommen werden sollen, die den Grundsätzen des Societätsvertrages nicht gemäß sind;

Gemeint sind nichtvorhergesehene Fälle, denn gegen den Inhalt des Societätsvertrages kann natürlich die Mehrheit nichts beschließen, weil Verträge nicht ohne besondere Gründe einseitig abgeändert werden dürfen. Eine Anwendung dieses Satzes enthält:

§. 190. Zu mehreren Beiträgen, als wozu ein jeder Mitgenosse sich ausdrücklich verbunden hat, kann derselbe, auch unter veränderten Umständen, von den übrigen nicht angehalten werden.

Endlich wird verordnet:

§. 209. Ist im Gesellschaftsvertrage nichts bestimmt, wie bei dem Betriebe der gemeinschaftlichen Angelegenheiten, in Fällen, wo die Stimmenmehrheit entscheiden muß, die Stimmen gezählt werden sollen, so geschieht dieses nicht nach dem Verhältniß der Beiträge, sondern nach den Personen.

Das O. G. B. sagt:

§. 1188. Bei der Berathschlagung und Entscheidung über die gesellschaftlichen Angelegenheiten sind, wenn keine andere Verabredung besteht, die in dem Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthums gegebenen Vorschriften anzuwenden. (§§. 833—842.)

§. 1189. Die Mitglieder können zu einem mehreren Beitrage, als wozu sie sich verpflichtet haben, nicht gezwungen werden.

Der Code Napoléon verordnet:

Art. 1859. A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes:

1) Einzelne wesentliche Handlungen dürfen nur mit Zustimmung aller Gesellschafter vorgenommen werden. Vergl. §. 370.

2) Jeder Gesellschafter kann die übrigen Gesellschafter anhalten, die nothwendigen Auslagen gemeinschaftlich zu bestreiten:

chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société. Art. 1859. Nro. 3.

3) Bezüglich der Benutzung der gemeinschaftlichen Sachen gilt der Satz:

chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. Nro. 2.

4) Abgesehen von vorstehenden Fällen gilt der Grundsatz:

Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement; sauf le droit qu'ont ces dernièrs, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération, avant qu'elle soit conclue. Nro. 1.

c. Verpflichtung der Theilhaber gegen einander für Verschulden.

§. 356.

Wer durch eine rechtswidrige Handlung einen der Gemeinschaft unterliegenden Gegenstand beschädigt, haftet dafür nach allgemeinen Grundsätzen.

Beim rechtmäßigen Betriebe gemeinschaftlicher Angelegenheiten ist jeder Theilhaber und Gesellschafter nur zur Anwendung derjenigen Aufmerksamkeit verpflichtet, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Wer außer seinem Antheil am Gewinne für die von ihm zu leistenden Geschäfte noch ein besonderes Entgelt erhält, haftet nach allgemeinen Grundsätzen.

Im Römischen Recht galt bezüglich der communio im Allgemeinen der Grundsatz:

quidquid culpa socii amissum est, eo judicio continetur. l. 20. D. 10. 3.

si culpa illius magis, quam casu, res communis damni cepisset, per arbitrium communi dividundo posse recuperare. l. 26. l. c.

Es war jedoch zu unterscheiden:

1) Im Falle einer Beschädigung durch eine rechtswidrige Handlung war culpa nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten:

si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum, et Celsus, et Julianus, et Pomponius scribunt. l. 47. §. 1. D. 17. 2.

si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur. l. 10. pr. D. 10. 3.

2) In dem Falle:

si id gessit, sine quo partem suam recte administrare potuit. l. 6. §. 2. l. c.

haftete er als negotiorum gestor.

3) Nur in dem Falle:

si id gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit. eod. l. c.

d. h. beim Betriebe gemeinschaftlicher Angelegenheiten galt der Grundsatz:

Non tantum dolum sed et culpam in re haereditaria praestare debet cohaeres, quoniam cum haerede non contrahimus, sed incidimus in eum. Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi, et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit, nam et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res. l. 25. §. 16. D. 10. 2. l. 6. §. 11. D. 10. 3.

Das A. L. R. sagt I. 17.:

§. 59. Hat aber ein Theilnehmer ohne Auftrag oder gar wider den Willen der Uebrigen, (also rechtswidriger Weise) etwas vorgenommen, was die ganze gemeinschaftliche Sache betrifft, so haftet er für den dabei entstandenen Schaden gleich einem Fremden.

Abgesehen von diesem Falle, also beim rechtmäßigen Betriebe gemeinschaftlicher Angelegenheiten, gilt der Grundsatz:

§. 58. Theilnehmer, deren Miteigenthum ohne ausdrücklichen Vertrag entstanden ist, dürfen einander bei ihren Handlungen oder Unterlassungen in Rücksicht der gemeinschaftlichen Sache nur für grobes und mäßiges Versehen gerecht werden.

Man beabsichtigte also in diesem Falle eine geringere Vertretungsverbindlichkeit eintreten zu lassen.

Man hat jedoch diese Absicht nicht erreicht, weil auch Fremde nur für mäßiges Versehen verantwortlich sind. Veranlassung zu dieser Irrung gab zweierlei:

1) Man meinte:

In Ansehung aller Gemeinschaften, die nicht ex pacto entstehen, findet der Grund nicht statt, daß ein jeder sich den

Mitgenossen, den er sich selbst gewählt hat, gefallen lassen müsse. Bornemann IV. 13.

allein nicht aus diesem Grunde, sondern:

quoniam propter suam partem causam habuit gerendi — gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit,

d. h. weil er um eine eigene Angelegenheit zu betreiben, eine fremde mitzubetreiben genöthigt war, war nur diligentia quam suis rebus zu vertreten.

2) Man meinte:

man kann, besonders bei einer culpa, die bloß in omittendo besteht, einem condomino nicht zumuthen, in re communi so thätig zu sein, wie in seiner eigenen Sache. Bornemann IV. 13.

Es ist dabei übersehen, daß nach der Ansicht des Römischen Rechts die diligentia quam suis rebus eine geringere diligentia ist, als die diligentia in abstracto.

Das O. G. B. enthält keine bezügliche Bestimmung.

Bezüglich der societas galt im Römischen Recht der Grundsatz:

Venit autem in hoc judicium pro socio bona fides. l. 52. §. 1. D. 17. 2.

Man war deshalb im Zweifel:

utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat. §. 2. l. c.

Man entschied:

Socios inter se dolum et culpam praestare oportet. eod. l. c.

indem man davon ausging:

Si in coëunda societate artem operamve pollicitus est alter, nimirum ibi etiam culpa praestanda est; pretium enim operae, artis est velamentum (cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus, in commune quaerendis fructibus. eod. l. c.

d. h. wegen der Gemeinschaft des Gewinns ist der Vertrag als ein entgeltlicher anzusehen.

Was den Grad der culpa anbetraf, so war auch hier zu unterscheiden:

1) Der socius nahm bezüglich der gemeinschaftlichen Sache eine widerrechtliche Handlung vor; dabei blieb es bei der allgemeinen Regel:

si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum. l. 47. §. 1. l. c.

d. h. es war culpa in abstracto zu vertreten. Diesen Sinn haben daher die Worte:

quod si rei communi socius nocuit, magis admittit, culpam quoque venire. l. 52. §. 2. l. c.

2) Beim Betriebe gemeinschaftlicher Angelegenheiten galt der Grundsatz:

socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet. l. 72. l. c.

Das A. L. R. verordnet I. 17.:

§. 211. Gesellschafter sind bei dem Betriebe des gemeinschaftlichen Gewerbes zu demjenigen Grade von Fleiß und Aufmerksamkeit verpflichtet, den ein Jeder in seinen eigenen Geschäften anzuwenden pflegt.

Diese Bestimmung hat jedoch einen andern Sinn, wie im Römischen Recht. Es gilt nämlich die in eigenen Angelegenheiten übliche Aufmerksamkeit unbedingt als Norm, also nicht bloß zur Entschuldigung des Gesellschafters, sondern auch zur Erweiterung seiner Verpflichtung.

Ausnahmsweise:

muß ein Gesellschafter ein Versehen nach allgemeinen über das Geschäft selbst ergangenen gesetzlichen Vorschriften ohne Rücksicht seiner persönlichen Eigenschaften vertreten,

nämlich:

1) wenn einem Gesellschafter außer seinem Antheile am Gewinn noch eine besondere Besoldung oder Belohnung für die Besorgung eines gewissen Geschäfts ausgesetzt worden. §. 212.
2) wenn einzelne Sachen einem Gesellschafter zur besondern Verwahrung oder Verwaltung anvertraut worden. §. 213.

und zwar gelten diese Ausnahmen:

nur zum Vortheile der übrigen Gesellschafter, nicht aber zur Entschuldigung des Bevollmächtigten, Verwalters oder Verwahrers selbst, der etwa in seinen Geschäften einen höhern Grad von Fleiß und Aufmerksamkeit zu äußern pflegt. §. 214.

Es muß also mindestens immer diligentia in abstracto vertreten werden.

Was man sich aber unter dem:

Anvertrauen zur besondern Verwahrung und Verwaltung zu denken hat, ist nicht klar. Es scheint gemeint zu sein:

wenn Jemandem eine besondere Aufmerksamkeit auf die zu verwahrende, zu verwaltende Sache zur Pflicht gemacht worden ist.

In diesem Falle handelt es sich aber einfach um Auslegung des Vertrages, und von diesem Gesichtspunkt aus kann man sagen:

eine solche Verabredung ist dahin zu verstehen, daß eine Berufung auf mindere Aufmerksamkeit in eigenen Angelegenheiten nicht statt haben soll.

Das O. G. B. sagt nur:

§. 1191. Jedes Mitglied haftet für den Schaden, den es der Gesellschaft durch sein Verschulden zugefügt hat;

und der Code Napoléon:

Art. 1850. Chaque associé est tenu envers la société des dommages, qu'il lui a causés par sa faute.

§. 357.

Der bezüglich einer Angelegenheit entstandene Anspruch auf Schadensersatz wird dadurch nicht beseitigt, daß der zur Vertretung Verpflichtete bei einer andern Gelegenheit der Gemeinschaft ungewöhnlichen Vortheil verschafft hat.

Es heißt im Römischen Recht:

Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet, quod negligentia ejus periisset, quod in plerisque aliis industria ejus societas aucta fuisset; et hoc ex appellatione Imperator pronuntiavit. l. 25. D. 17. 2.

Et ideo, si socius quaedam negligenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia. l. 26. l. c.

Das A. L. R. 1. 17.:

§. 215. Ein Gesellschafter kann sich von seiner Verbindlichkeit zum Schadensersatz dadurch nicht befreien, daß er der Gesellschaft in anderen Fällen besondere Vortheile erworben hat.

Das O. G. B.:

Dieser Schaden läßt sich mit dem Nutzen, den es der Gesellschaft sonst verschaffte, nicht ausgleichen.

Hat aber ein Mitglied durch ein eigenmächtig unternommenes neues Geschäft der Gesellschaft von einer Seite Schaden, und von der andern Nutzen verursacht, so soll eine verhältnißmäßige Ausgleichung stattfinden. §. 1191.

(In einem solchen Falle liegt nämlich eine negotiorum gestio vor, wobei Vortheil und Nachtheil zu compensiren ist, nicht der Betrieb verschiedener gesellschaftlicher Geschäfte.)

Der Code Napoléon sagt:

sans pouvoir compenser avec ces dommages les

profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires. Art. 1850.

d. Aufhebung der Gemeinschaft.

α. Durch Theilung.

αα. Einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft.

§. 358.

Jeder Theilhaber hat das Recht, zu jeder Zeit Aufhebung der ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft durch Theilung zu verlangen.

Die wirkliche Theilung muß erfolgen, sobald sie ohne wesentlichen Nachtheil möglich ist.

Das Römische Recht sagt:

Etsi non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest. l. 8. pr. D. 10. 3.

Gegen unzeitige Theilung schützte der Richter, welcher darauf Rücksicht nahm:

quod omnibus utilissimum est. l. 21. §. 5. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 17.:

§. 75. Die Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums findet in allen Fällen statt, wo nicht ausdrückliche Gesetze, Verträge oder rechtsgültige Verordnungen eines Dritten entgegenstehen.

§. 82. Soweit Jemand gültige Veräußerungsverträge zu schließen fähig ist, kann er auch auf Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums antragen.

§. 83. Sind bei einer in den Gesetzen an sich gebilligten Theilung die Interessenten über den Zeitpunkt derselben nicht einig, so muß die Theilung bis dahin verschoben werden, wo sie ohne Schaden der Sache und mit dem wenigsten Nachtheile für sämmtliche Interessenten erfolgen kann.

§. 84. In der Regel ist derjenige Zeitpunkt abzuwarten, wo sich Nutzen und Lasten der gemeinschaftlichen Sache am füglichsten gegen einander abwägen lassen.

Das O. G. B. sagt:

§. 830. Jeder Theilhaber kann in der Regel die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, doch nicht zur Unzeit oder zum Nachtheil der Uebrigen. Er muß sich daher einen den Um-

ständen angemessenen, nicht wohl vermeidlichen Aufschub gefallen lassen.

§. 359.

Eine Verabredung, daß eine Gemeinschaft niemals aufgehoben werden solle, ist nichtig.

Das Römische Recht sagt:

Si conveniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est. l. 14. §. 2. D. 10. 3.

Das A. L. R. enthält keine ausdrückliche Bestimmung.

Das O. G. B. sagt:

§. 832. Eine Verbindlichkeit zu einer immerwährenden Gemeinschaft kann nicht bestehen.

§. 360.

Auch durch Verjährung kann das Recht, Aufhebung einer Gemeinschaft zu fordern, nicht verloren gehen.

Das Römische Recht sagt:

cum neque familiae herciscundae judicium, neque communi dividundo actio excludatur longi temporis praescriptione. l. 3. C. 7. 34.

Die Verordnung:

nemo itaque audeat, neque actionis familiae herciscundae, neque communi dividundo ... vitam longiorem esse triginta annis interpretari: sed ex quo semel nata est ... post memoratum tempus finiri. l. 1. §. 1. C. 7. 40.

ist nicht auf das Recht, Theilung zu verlangen, zu beziehen, sondern nur auf die durch gedachte Klagen anderweit geltend zu machenden Ansprüche auf Ersatz und Entschädigung. Unterholzner, Verjährung. §. 181.

Das A. L. R. sagt 1. 17.:

§. 76. Das Recht, auf eine solche Theilung anzutragen, kann auch durch Verjährung nicht verloren gehen.

§. 77. Selbst alsdann nicht, wenn ein Theilnehmer der von dem andern angetragenen Theilung widersprochen und letzterer sich dabei durch noch so lange Zeit beruhigt hätte.

das O. G. B.:

§. 1481. Die Verbindlichkeit, die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache vornehmen zu lassen, kann nicht verjährt werden.

Die Bestimmung des Code Napoléon:

toutes les actions, tant réelles que personelles, sont prescrites par trente ans; art. 2262.

ist auf das Recht, Theilung zu verlangen, nicht auszudehnen.

ββ. Einer Gesellschaft.

§. 361.

Wann eine Gesellschaft aufhört, ist nach dem Inhalt des Vertrages zu beurtheilen. Sie kann in gleicher Weise, wie überhaupt jeder Vertrag, aufgehoben werden.

Das Römische Recht erwähnt daher als Weisen, wie eine:

societas distrahi videtur:

1) si omnes dissentiunt, — dissensu solvi societatem. l. 65. §. 3. D. 17. 2.
2) si res interierit. l. 63. §. 10. l. c.
3) si tempus finitum est, liberum est recedere. l. 65. §. 6. l. c.

Das A. L. R. sagt I. 17.:

§. 79. In allen Fällen, wo die Aufhebung eines an sich gültigen Vertrages in den Gesetzen verstattet ist, kann auch die Verbindlichkeit aus Verträgen, zur Fortsetzung der Gemeinschaft, aufgehoben werden.

namentlich also:

1) durch wechselseitige Einwilligung. §. 385. I. 5.
2) wegen Unmöglichkeit der Erfüllung. §. 360. I. 5.
3) Ist der Vertrag auf gewisse Jahre oder zur Ausführung eines gewissen bestimmten Geschäfts geschlossen worden, so muß der Ablauf der Zeit oder das Ende des Geschäfts abgewartet werden. §. 270. I. 17.

und:

§. 277. Wenn die bestimmte Zeit verflossen ist, oder das Geschäft, welches den alleinigen Gegenstand der Gesellschaft ausmacht, beendigt, oder dessen Fortsetzung verboten worden so nimmt die Gesellschaft von selbst ein Ende.

Das O. G.-B. sagt:

§. 1205. Die Gesellschaft löst sich von selbst auf:

a) wenn das unternommene Geschäft vollendet, oder wenn

die zur Dauer der Gesellschaft festgesetzte Zeit verflossen ist;

b) wenn das unternommene Geschäft nicht mehr fortzuführen oder wenn der ganze gemeinschaftliche Hauptstamm zu Grunde gegangen ist.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1865. La société finit:

1) par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée;

2) par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation;

3) par la volonté etc.

§. 362.

Eine Verabredung, daß eine Gesellschaft für immer bestehen bleiben solle, ist nichtig.

Es sagt das Römische Recht:

nulla societatis in aeternum coitio est. l. 70. D. 17. 2.

das A. L. R. I. 17.:

§. 289. Eine Verpflichtung, wodurch sich Jemand zur Fortsetzung einer Gesellschaft für beständig oder auf eine ganz unbestimmte Zeit anheischig macht, ist sowohl für den Kontrahenten als für dessen Erben unverbindlich.

das O. G. B.:

§. 832. Eine Verbindlichkeit zu einer immerwährenden Gemeinschaft kann nicht bestehen.

Der Code Napoléon läßt bezüglich einer:

société dont la durée est illimitée,

die dissolution par une renonciation zu. Art. 1869.

β. Durch Ausschließung.

αα. Aus einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft.

§. 363.

Wer die ihm bezüglich einer Gemeinschaft obliegenden Verpflichtungen vorsätzlich nicht erfüllt, oder nicht erfüllen kann, kann zur Abtretung seines Antheils gezwungen werden.

Das Römische Recht erwähnt einen Fall:

Si (ut proponis) socius aedificii ad refectionem ejus sumptus conferre detrectat, non necessario extra ordinem tibi subveniri desideras. Etenim si solus aedificaveris, nec intra quatuor mensium tempora cum centesimis nummus pro portione socii erogatus restitutus fuerit, vel quominus id fieret, per socium stetisse constiterit, jus dominii pro solido vindicare vel obtinere juxta placitum antiquitatis poteris. l. 4. C. 8. 10.

oratio Divi Marci . . post quatuor (menses) dominium dedit. l. 52. §. 10. D. 17. 2.

Das A. L. R. sagt 1. 17.:

§. 46. Wer sich seiner Pflicht zur nutzbaren Erhaltung der Sache vorsätzlich entzieht, kann angehalten werden, seinen Antheil den übrigen Miteigenthümern nach einer gerichtlich aufgenommenen Verkaufstaxe zu überlassen.

§. 47. Ein Gleiches findet Statt, wenn ein Theilnehmer seinen Beitrag zu den gemeinschaftlichen Lasten und Kosten wegen Unvermögens nicht aufbringen und dieser Beitrag auch aus den wirklich fälligen Nutzungen seines Antheils nicht genommen werden kann.

Das O. G. B. enthält keine bezügliche Bestimmung, sondern giebt nur:

den bei wichtigen Veränderungen Ueberstimmten

das Recht,

den Austritt aus der Gemeinschaft zu verlangen. §. 834.

ββ. Aus einer Gesellschaft.

§. 364.

Die Ausschließung eines Gesellschafters kann verlangt werden:

1) wenn er die wesentlichen Bedingungen des Vertrages vorsätzlich nicht erfüllt oder zu erfüllen unvermögend ist,
2) wenn er betrüglich gegen die Gesellschaft handelt,
3) wenn er für einen Verschwender erklärt, unter Kuratel gestellt wird, oder in Concurs verfällt,
4) wenn er wegen Betruges, Untreue, Diebstahls oder Unterschlagung bestraft wird.

Im Römischen Recht werden mehrere Fälle erwähnt, in welchen Seitens dessen, welcher versprochen hatte:

ne intra certum tempus societate abeatur l. 14. D. 17. 2. die renunciatio ante tempus gerechtfertigt erschien (potest rationem habere renunciatio) und also die actio pro socio nicht statt hatte, namentlich:

1) quia conditio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur. eod. l. c.
2) si ita injuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati. eod. l. c.
3) vel quod ea re frui non liceat, cujus gratia negotiatio suscepta sit. l. 15. l. c.
4) si socius renuntiaverit societati, qui reipublicae causa diu et invitus sit abfuturus. l. 16. pr. D. l. c.
5) Sancimus, veterum dubitatione remota, licentiam habere furiosi curatorem dissolvere, si maluerit, societatem furiosi, et sociis licere ei renunciare. l. 7. C. 4. 37.

Das A. L. R. gestattet die Ausschließung 1. 17.:

1) wenn sich ein Mitglied der Erfüllung seiner Verpflichtungen beharrlich entzieht; §. 273.
2) wenn ein Mitglied betrüglich gegen die Gesellschaft gehandelt hat;
3) für einen Verschwender gerichtlich erkläret worde; §. 274.
4) in Concurs verfällt, §. 291. 1. 50. Allg. G. O.
5) als ein Verbrecher bestraft worden. §. 274. A. L. R. 117.

Letztere Bestimmung ist zu weit gehend. Denn es giebt viele Verbrechen, welche ohne Einfluß sind.

Will man bestimmte Verbrechen hervorheben, so dürften es Betrug, Untreue, Diebstahl und Unterschlagung sein, weil demjenigen, welcher durch derartige Verbrechen seine Habsucht und Nichtachtung fremden Eigenthums dokumentirt, nicht füglich fremdes Eigenthum anvertraut werden kann.

Das O. G. B. sagt:

§. 1210. Wenn ein Mitglied:

1) die wesentlichen Bedingungen des Vertrages nicht erfüllet,
2) wenn es in Concurs verfällt,
3) als Verschwender gerichtlich erkläret,
4) oder überhaupt unter die Kuratel gesetzt wird,
5) wenn es durch ein Verbrechen das Vertrauen verliert (hierüber ist also im einzelnen Falle zu entscheiden) so kann es vor Verlauf der Zeit von der Gesellschaft ausgeschlossen werden.

Im Falle des Concurses und der Kuratel dürfte sich eine Ausschließung rechtfertigen, weil, wenn ein anscheinend dispositions-

fähiges, in der That aber nicht dispositionsfähiges, Mitglied vorhanden ist, der Gesellschaft unnöthige Weiterungen entstehen können.

Es ist deshalb auch keineswegs, wie Bornemann annimmt, zweckentsprechend, die Societät fortdauern zu lassen, wenn der in Concurs verfallene Gesellschafter bloß Dienste nicht Geldbeiträge leistet. IV. 57.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1871. La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs.

Es werden folgende Beispiele angegeben:

comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société.

endlich aber wird hinzugesetzt:

ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissê à l'arbitrage des juges.

Außerdem wird gesagt:

La société finit par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux. Art. 1865.

§. 365.

Für den Fall, wenn der Zweck der Gesellschaft ohne Erhöhung der verabredeten Beiträge nicht erreicht werden kann, kann der Austritt dessen, welcher höhere Beiträge verweigert, gefordert werden; auch hat dieser das Recht, auszutreten.

Das A. L. R. sagt I. 17.:

§. 191. Findet jedoch ohne dergleichen mehreren Beitrag die Erreichung des gemeinsamen Endzweckes gar nicht statt, so kann das weigernde Mitglied zum Austritte aus der Gesellschaft angehalten werden.

§. 192. Auch ist unter diesen Umständen, wenn nämlich durch die ausdrücklich verabredeten Beiträge der gemeinsame Endzweck gar nicht erreicht werden kann, jeder Mitgenosse, auch noch vor Ablauf der kontraktmäßigen Zeit, die Gesellschaft zu verlassen berechtigt.

Das O. G. B. sagt:

§. 1189. Fände jedoch bei veränderten Umständen ohne Vermehrung des Beitrages die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes gar nicht statt, so kann das sich weigernde Mitglied austreten, oder zum Austritt verhalten werden.

γ. Durch Austritt.

§ 366.

Wenn die Gesellschaft weder auf bestimmte Zeit, noch bis zur Beendung eines bestimmten Geschäfts geschlossen ist, kann jeder Gesellschafter jederzeit seinen Austritt erklären.

Der wirkliche Austritt muß jedoch bis dahin verschoben werden, wo er ohne Benachtheiligung der Gesellschaft erfolgen kann.

Im Römischen Recht galt der Grundsatz:

> Voluntate distrahitur societas renunciatione. l. 63. §. 10. D. 17. 2.

d. h. jeder konnte nach Gutfinden aus der Societät ausscheiden.

Dadurch wurde er aber nicht frei von seinen durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen, sondern es hörten nur seine Rechte aus dem Vertrage auf.

Es wird daher gesagt:

> eum, qui renuntiaverit societati, a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberari. l. 65. §. 3. l. c.

namentlich:

> item, qui societatem in tempus coiit, eam ante tempus renuntiando, socium a se, non se a socio liberat. l. 65. §. 6. l. c.

Es war jedoch zu unterscheiden:

1) Der Satz:

> se ab illis non liberari

kam im Allgemeinen nur zur Anwendung (quod utique observandum est):

a) si dolo malo renunciatio facta sit. l. 65. §. 3. l. c.

also z. B.:

> si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere, ideoque renuntiaveris societati, ut solus emeres, teneberis quanti interest mea. l. 65. §. 4. l. c.

b) si intempestive renuncietur societati. l. 14. l. c.

si renunciaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii, non dirimi societatem. l. 65 §. 5. l. c.

d. h. si societatis non intersit, dirimi societatem.

dagegen kam nicht in Betracht, quod privatim interest unius ex sociis. eod. l. c.

Vorstehende Grundsätze galten:

si nihil de hoc (bezüglich der renunciatio) in coëunda societate convenit. eod. l. c.

si non convenit. l. 14. l. c.

oder wenn nur im Allgemeinen verabredet war:

ne abeatur. l. c.

Diese Verabredung hatte keine besondere Wirkung:

frustra hoc convenire. eod l. c.

quia ipso jure societatis intempestiva renunciatio in aestimationem venit. l. 17. §. 2. l. c.

2) Wenn dagegen verabredet war:

ne intra certum tempus abeatur. l. 14. l. c.

(qui societatem in tempus coiit. l. 65. §. 6. l. c.)

so liberirte eine renunciatio ante tempus (l. c.) den socius nur in dem Falle:

si renunciatio ex necessitate quadam facta sit. l. 65. §. 6. l. c.

(potest rationem habere renunciatio, nec tenebitur pro socio. l. 14. l. c.)

So lange der socius nicht liberirt war, galt der Grundsatz:

damnum ad eum, qui renunciavit, pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. l. 65. §. 3. l. c.

und:

si quid compendii postea factum erit, ejus partem non fert, at si dispendium, aeque praestabit portionem. l. 65. §. 6. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 17.:

§. 269. In der Regel steht einem jedem Mitgliede frei, die Gesellschaft nach Gutdünken zu verlassen.

§. 270. Ist aber der Vertrag auf gewisse Jahre oder zur Ausführung eines gewissen bestimmten Geschäfts geschlossen worden, so muß der Ablauf der Zeit oder das Ende des Geschäfts abgewartet werden.

§. 271. In diesem Falle findet ein Rücktritt von der Societät nur insoweit statt, als selbiger überhaupt von andern gültigen Verträgen zulässig ist.

ferner:

§. 291. Ein Mitglied, welches von seinem Rechte, aus der Gesellschaft zu treten, Gebrauch machen will, muß seinen Vorsatz den Uebrigen in Zeiten bekannt machen.

§. 293. Die Ankündigung des Austritts muß dergestalt zeitig erfolgen, daß die übrigen Gesellschafter, wegen Abfindung

des Austretenden und Fortsetzung der Geschäfte unter sich, die nöthigen Anstalten treffen können.

§. 292. Der wirkliche Austritt kann nur am Schlusse eines Jahres, oder in einem solchen Zeitpunkt geschehen, wo sich Nutzen und Lasten, Gewinn und Verlust, füglich gegen einander abwägen lassen. (§§. 83. 84.)

d. h. wo er ohne Schaden der Sache und mit dem wenigsten Nachtheil für sämmtliche Interessenten erfolgen kann.

Die Ankündigung hat folgende Wirkungen:

§. 296. An Unternehmungen, welche zwar noch vor dem wirklichen Austritte, aber doch erst nach Ankündigung desselben, wider den Willen des Austretenden angefangen worden, nimmt derselbe, weder in Ansehung des Gewinnes noch Verlustes, ferner Antheil.

§. 294. In Ansehung der zur Zeit des angekündigten Austritts bereits angefangenen Geschäfte, ist der Austretende, bis zu deren völligen Beendigung, auch nach dem Austritte noch als ein Gesellschafter anzusehen.

§. 299. Geschäfte, die zwar beschlossen sind, mit deren Ausführung aber noch kein wirklicher Anfang gemacht ist, werden als gemeinschaftlich angesehen, sobald schon durch den Abschluß allein Rechte und Verbindlichkeiten für die ganze Gesellschaft entstanden sind.

Das O. G. B. sagt:

§. 1211. Man kann den Gesellschaftsvertrag vor Verlauf der Zeit aufkündigen, wenn dasjenige Mitglied, von welchem der Betrieb des Geschäftes vorzüglich abhing, ausgetreten ist.

§. 1212. Wenn die Zeit zur Dauer der Gesellschaft weder ausdrücklich bestimmt worden ist, noch aus der Natur des Geschäfts bestimmt werden kann, so mag jedes Mitglied den Vertrag nach Willkür aufkündigen, nur darf es nicht mit Arglist oder zur Unzeit geschehen. (§. 830.)

Der Code Napoléon sagt:

La société finit: par la volonté, qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société Art. 1865.

jedoch mit folgendem Unterschied:

a) Art. 1869. La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée, et s'opère par une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi, et non faite à contre-temps.

Art. 1870. La renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer

en commun. Elle est faite à contre-temps, lorsque les choses ne sont plus entières, et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée.

b) Art. 1871. La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu qu'autant qu'il y en a de justes motifs. (Vergl. §. 364.)

δ. Durch Veräußerung des Antheils.

αα. An einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft.

§. 367.

Jeder Theilhaber an einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft ist berechtigt, seinen Antheil an der Gemeinschaft zu veräußern. Er wird jedoch dadurch nicht frei von der Verhaftung für die bis zur Zeit der Veräußerung gegen ihn entstandenen Ansprüche der übrigen Theilhaber.

Derjenige, welcher den Antheil erwirbt, überkommt vom Augenblick des Erwerbes an alle Rechte und Pflichten eines Theilhabers.

Die gegen den früheren Theilhaber bestehenden Ansprüche der übrigen Theilhaber können dieselben auch gegen den Nachfolger desselben geltend machen.

Was das Recht zur Veräußerung eines Antheils anbelangt, so bestimmt das Römische Recht:

falso tibi persuasum est, communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo judicio dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi. l. 3. C. 4. 52.

Das A. L. R. sagt I. 17.:

§. 60. Bei gemeinschaftlichem Eigenthume, welches weder durch Vertrag noch durch Verordnung eines Dritten entstanden, ist jeder Theilnehmer sein Anrecht auch einem Fremden zu überlassen wohl befugt.

Das A. L. R. bestimmt außerdem:

§. 64. Auch ist die Abtretung des Miteigenthums an einen Fremden, bei Gemeinschaften, welche durch Verordnung eines Dritten entstanden sind, in der Regel zulässig.

§. 66. Können und wollen aber die übrigen Interessenten auf die Theilung sofort antragen, oder vermögen sie einen aus der Person des neuen Mitgenossen für sie entstehenden Nachtheil auszuweisen: so findet die Veräußerung an einen solchen Mitgenossen nicht statt.

Den Worten nach würde diese Bestimmung auch auf den Fall in Anwendung zu bringen sein, wenn ein Legat mehreren Personen gemeinschaftlich vermacht ist, ohne daß der Erblasser das Recht, Theilung zu verlangen, irgend wie beschränkt hat. Es ist jedoch angemessen, einen solchen Fall nicht anders zu behandeln, als eine gewöhnliche, ohne Vertrag entstandene Gemeinschaft, und jene Bestimmung nur auf den Fall zu beziehen, wenn das Recht, Theilung zu verlangen, durch die Verordnung des Erblassers eingeschränkt worden ist.

Das O. G. B. giebt dem Theilnehmer das Recht:

seinen Antheil willkürlich und unabhängig zu veräußern. §. 829.

Daß der Miteigenthümer durch die Veräußerung seines Antheils von seinen bis zur Zeit der Veräußerung entstandenen Verpflichtungen nicht frei werden kann, folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ebenso, daß der Erwerber eines Antheils die bezüglich des Antheils bestehenden Verpflichtungen seines Vorgängers anerkennen muß. Er kann den Antheil nur so erwerben, wie ihn sein Vorgänger selbst besaß, also mit allen darauf haftenden Verpflichtungen. Ebenso versteht es sich von selbst, daß der gewesene Miteigenthümer die bereits erworbenen Ansprüche, soweit er sie nicht mit abgetreten hat, gegen seine früheren Miteigenthümer geltend machen kann.

Das Römische Recht giebt deshalb:

si alienavero partem meam,

wegen der expensae dem gewesenen Miteigenthümer die negotiorum gestorum actio und dem Nachfolger des Miteigenthümers eine exceptio:

ut expensae retineantur. l. 14. §. 1. D. 10. 3.

Das O. G. B. gestattet die Veräußerung:

insofern er die Rechte seiner Mitgenossen nicht verletzt. §. 829.

§. 368.

Im Falle der Veräußerung eines Antheils haben die übrigen Theilhaber das Vorkaufsrecht.

Melden sich mehrere Theilhaber dazu, so entscheidet unter ihnen die Wahl des Ausscheidenden.

Verweigert der Ausscheidende sich zu erklären, so entscheidet das Loos.

Nur das A. L. R. enthält eine bezügliche Bestimmung I. 17.:

§. 61. Doch bleibt den übrigen Theilnehmern, wenn dieselben die Gemeinschaft unter sich fortsetzen wollen, das Vorkaufsrecht vorbehalten.

§. 62 Melden sich zur Ausübung dieses Rechts mehrere Theilnehmer, so entscheidet unter ihnen die Wahl des Ausscheidenden.

Verweigert der Ausscheidende die Wahl, so wird man die Bestimmung I. 20.:

§. 593. Kann oder will der Verkäufer sich darüber nicht erklären, so entscheidet das Loos.

analog anwenden müssen. Uebrigens dürfte sich die Bestimmung des A. L. R. im Interesse der Theilnehmer rechtfertigen.

ββ. An einer Gesellschaft.

§. 369.

Ohne Zustimmung aller Gesellschafter kann kein Dritter die Rechte eines Gesellschafters erwerben.

Das Römische Recht sagt:

socius mihi esse non potest, quem ego socium esse nolui. l. 19. D. 17. 2.

Das A. L. R. sagt I. 17.:

§. 216. Kein Gesellschafter kann den übrigen an seiner Statt einen Fremden zum Mitgliede aufdringen.

Es unterscheidet aber noch:

§. 68. Hat in diesem Vertrage ein Mitglied zugleich gewisse Handlungen und persönliche Pflichten in Rücksicht des gemeinschaftlichen Geschäfts übernommen, so kann derselbe seinen Mitgenossen, durch Veräußerung seines Anrechts, einen Fremden, wider ihren Willen, dazu nicht aufdringen.

Für den Fall:

wenn der Vertrag bloß die Erwerbung eines gemeinschaftlichen Eigenthums zum Gegenstande hat. §. 67.

wird dagegen bestimmt:

die übrigen Interessenten haben das Vorkaufsrecht. §. 65.

und die Veräußerung findet nicht statt:

1) wenn die übrigen Interessen auf die Theilung sofort antragen können und wollen;

2) oder einen aus der Person des neuen Mitgenossen für sie entstehenden Nachtheil auszuweisen vermögen. §. 66.

Es dürfte angemessen sein, es bei der Bestimmung des §. 216. bewenden zu lassen.

Der Gesellschaftsvertrag wird mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Genossen geschlossen, es ist daher dem Gesellschafter nicht gleichgültig, mit wem er in Gesellschaft steht.

Das O. G. B. sagt:

Kein Mitglied ist befugt, Jemanden in die Gesellschaft aufzunehmen. §. 1186.

Der Code Napoléon sagt:

L'associé ne peut pas, sans le consentement de ses associés, une tierce personne associer à la société. Art. 1861.

2. Im Verhältniß zu dritten Personen.

a. Verfügungen über gemeinschaftliches Recht.

§. 370.

Dritten Personen gegenüber kann über ein gemeinschaftliches Recht nur von allen Theilnehmern gemeinschaftlich gültig verfügt werden.

Nach der Ansicht des Römischen Rechts bestand dritten Personen gegenüber keine Gemeinschaft. Jede Verfügung eines einzelnen Theilhabers über die ganze gemeinschaftliche Sache war bezüglich der Antheile der übrigen Theilhaber nichtig:

nemo ex sociis plus parte sua potest alienare. l. 68. pr. D. 17. 2.

Sie war aber gültig bezüglich des Antheils des Verfügenden:

Si probatum fuerit praesidi provinciae, fratrem tuum vineas communes pignori dedisse, cum partem tuam, quam in vineis habes, creditori obligare non potuerit, praeses provinciae restitui tibi eam jubebit cum fructibus, quos creditor de parte tua perceperit. l. 2. C. 3. 37.

Wenn daher ein socius eine ganze gemeinschaftliche Sache einem socius veräußerte, so war zwar der Kauf bezüglich des Antheils des letztern als emptio rei suae nichtig, im Uebrigen aber gültig:

Sed si communis ea res emptori cum alio sit, dici debet, scisso pretio pro portione, pro parte emptionem valere, pro parte non valere. l. 18. pr. D. 18. 1.

Auch konnte jeder socius pro parte vindiziren:

non totum, sed pro parte esse vindicandum . . . unusquisque pro rata vindicabimus. l. 3. §. 2. D. 6. 1.

Nach dem A. L. R. ist jede Verfügung des einzelnen Theilhabers über ein gemeinschaftliches Recht nichtig:

Kein Theilnehmer kann ohne Beistimmung der übrigen über die gemeinschaftliche Sache gültige Verfügung treffen. §. 10. 1. 17.

Die Mitberechtigten können in der Regel das gemeinschaftliche Recht nur gemeinschaftlich ausüben. §. 450. 1. 5.

Es müssen in der Regel die Sozietätsgeschäfte von sämmtlichen Mitgliedern gemeinschaftlich betrieben und vollzogen werden. §. 207. 1. 17.

Eine derartige Verfügung ist auch nicht bezüglich des Antheils des einzelnen Theilhabers gültig, d. h. es kann aus einem derartigen Vertrage nicht auf Erfüllung geklagt werden, sondern eventuell nur auf Entschädigung, wie im Falle eines nichtigen Vertrages.

Das O. G. B. enthält nur die Bestimmung:

§. 848. Ebenso kann derjenige, welcher an eine Gemeinschaft schuldig ist, die Zahlung nicht an einzelne Theilnehmer entrichten. Solche Schulden müssen an die ganze Gemeinschaft abgetragen werden.

Hiernach kann eine gemeinschaftliche Forderung nur gemeinschaftlich geltend gemacht werden.

Im Falle des Gesellschaftsvertrages dagegen wird gesagt:

Ebenso hat bei gesellschaftlichen Forderungen jedes Mitglied nur für seinen Antheil ein Recht zur Zahlung (d. h. Zahlung anzunehmen). §. 1203.

Darnach sind Forderungen pro rata getheilt.

Der Code Napoléon verordnet:

Art. 1859. A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration:

Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un deux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue.

Nur die Beschränkungen finden statt:

L'un des associés ne peut faire d'innovation sur les immeubles dépendans de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent. Art. 1859. 4.

Art. 1860. L'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société.

In der Regel kann daher jeder Gesellschafter jedes gemeinschaftliche Recht für sich allein geltend machen. Ausnahmsweise aber wird bezüglich bestimmter wichtiger Akte ein gemeinsames Handeln erfordert. Inwieweit in letzteren Fällen eine einseitige Verfügung des einzelnen Gesellschafters bezüglich seines Antheils gültig ist oder nicht, ist nicht gesagt.

b. Gemeinschaftliche Verpflichtung.

α. Durch Vertrag.

§. 371.

Wenn sich die Theilhaber einer Gemeinschaft gemeinschaftlich verpflichten, so ist in Ermangelung einer besonderen Verabredung anzunehmen, daß Einer für Alle und Alle für einen haften.

Nach der Ansicht des Römischen Rechts waren gemeinschaftlich übernommene Verpflichtungen in Ermangelung einer besonderen Verabredung pro rata getheilt, namentlich auch, wenn socii eine gemeinschaftliche Verpflichtung eingingen:

quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt. l. 44. §. 1. D. 21. 1.

Nach dem A. L.-R. gilt dagegen der Satz I. 5.:

§. 424. Haben mehrere Personen zugleich sich einem Dritten in einem und demselben Vertrage verpflichtet, so ist, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet worden, anzunehmen, daß Einer für Alle und Alle für Einen dem Berechtigten für die Erfüllung haften.

auch bezüglich gemeinschaftlicher Verträge der Theilnehmer mit einem Dritten. §. 52. I. 17.

Nach dem O. G. B. hat im Falle eines Gesellschaftsvertrages:

bei gesellschaftlichen Schulden ein jedes Mitglied nur für seinen Antheil eine Verbindlichkeit zur Zahlung. §. 1203.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1862. Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales.

Art. 1863. Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre.

Eine Ausnahme gilt nach dem Grundsatz:

Art. 1222. Chacun de ceux qui ont contracté con-

jointement une dette indivisible en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement.

β. Aus nützlicher Verwendung.

§. 372.

Aus der nützlichen Verwendung erwirbt ein Dritter einen Anspruch gegen jeden Theilhaber nach Verhältniß dessen Antheils; die übrigen Theilhaber haften als Bürgen.

Das Römische Recht spricht den Satz aus:

> jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt. l. 82. D. 17. 2.

Es ist dabei vorausgesetzt, daß die socii pro rata haften; ob aber zu gleichen Antheilen oder pro rata der Antheile ist nicht gesagt.

Nach dem A. L. R. haften die Theilhaber einer Gesellschaft gemeinschaftlich, jedoch principaliter jeder nach Verhältniß seines Antheils, und in subsidium für die Antheile der übrigen. Es heißt I. 17.:

> §. 237. Wer aus diesem letzteren Grunde (durch nützliche Besorgung der Geschäfte oder durch nützliche Verwendung) eine rechtsgültige Forderung an die Sozietät erlangt hat, der kann an jeden der Gesellschafter für seinen Antheil sich halten.
>
> §. 238. Für den Antheil eines jeden haften die übrigen Mitgenossen dem Gläubiger als Bürgen.

Der Fall der nützlichen Verwendung in eine Gemeinschaft ist nicht erwähnt.

Nach dem O. G. B. gilt der allgemeine Grundsatz:

> daß bei gesellschaftlichen Schulden jedes Mitglied nur für seinen Antheil (also nach Verhältniß seines Antheils) eine Verbindlichkeit zur Zahlung hat. §. 1203.

Der Code Napoléon erwähnt nur im Allgemeinen die Verpflichtung der socii aus der in rem versio:

> à moins que la chose n'ait tourné au profit de la société. Art. 1864.

Es ist nicht gesagt, aber anscheinend vorausgesetzt, daß Jeder haftet:

> pour une somme et part égale. Art. 1863.

c. Veränderung des Rechtsverhältnisses in Folge der Aufhebung.

α. Einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft.

§. 373.

Die Aufhebung einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft ändert das Rechtsverhältniß zwischen den Mitgliedern der Gemeinschaft und einem Dritten nur insofern, als nach Aufhebung der Gemeinschaft der Anspruch aus der Verwendung in die Gemeinschaft gegen jeden gewesenen Theilnehmer nur nach Verhältniß des empfangenen Antheils geltend gemacht werden kann.

Nach Römischem Recht war die Aufhebung einer Gemeinschaft ohne Einfluß auf das Rechtsverhältniß der Theilnehmer der Gemeinschaft zu dritten Personen. Die Ansprüche der Theilnehmer gegen den Dritten und des Dritten gegen die Theilnehmer waren von Haus aus entweder Correal-Obligationen, oder sie waren getheilt.

Im Verhältniß der socii gegeneinander galt der Grundsatz:

> Omne aes alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est, licet, posteaquam societas distracta est, solutum sit. l. 27. D. 17. 2.

Auch nach dem A. L. R. werden die Ansprüche der Theilnehmer gegen einen Dritten durch die Aufhebung der Gemeinschaft nicht geändert.

Namentlich können auch nach der Theilung:

> die Mitberechtigten das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben. §. 450. 1. 5.

vorausgesetzt, daß nicht das Recht rechtsgültig getheilt ist.

Auch die gemeinschaftlichen Verpflichtungen werden durch die Aufhebung der Gemeinschaft nicht geändert. 1. 17.:

> §. 110. In allen Fällen, wo die gewesenen Theilhaber vermöge eines ausdrücklichen Vertrages gemeinschaftlich (d. h. Einer für Alle und Alle für Einen, §§. 424 sq. 1. 5.) haften, wird ihre Verbindlichkeit gegen den Dritten durch die erfolgte Theilung in nichts geändert.

In Fällen, wo die Verpflichtung von Haus aus nach dem Inhalt des geschlossenen Vertrages getheilt war, kann auch die Theilung der Gemeinschaft keinen Einfluß haben.

Der §. 107.:

> Für bloß persönliche Forderungen aber, die einem Dritten

an sämmtliche gewesene Theilhaber zukommen, haftet bei einer weder durch Vertrag noch durch letztwillige Verordnung entstandenen Gemeinschaft, nach erfolgter Trennung derselben, ein Jeder der gewesenen Theilnehmer nach Verhältniß des empfangenen Antheils;

ist daher nur auf den Fall eines Anspruchs aus einer Verwendung in die Gemeinschaft zu beziehen.

Die Veränderung der Verpflichtung liegt darin, daß während bestehender Gemeinschaft jeder Theilhaber nach Verhältniß seines Antheils an der Gemeinschaft, nach aufgehobener Gemeinschaft aber nach Verhältniß des empfangenen Theils verhaftet ist.

Das O. G. B. sagt:

Auch persönliche Rechte, die einem Dritten gegen eine Gemeinschaft zustehen, haben, ungeachtet des erfolgten Austritts, ihre vorige Kraft. §. 847.

β. Einer Gesellschaft.

§. 374.

Ein Gläubiger, welcher während der bestehenden Gesellschaft einen Anspruch auf das Ganze gegen jeden Gesellschafter hat, und welchem die Aufhebung der Gesellschaft bekannt gemacht wird, muß diesen Anspruch innerhalb Jahresfrist nach der Bekanntmachung geltend machen, widrigenfalls ihm jeder gewesene Gesellschafter nur nach Verhältniß seines in der Gesellschaft gehabten Antheils haftet.

Nur nach dem A. L. R. haften die socii aus gemeinschaftlichen Verträgen auf das Ganze, nur das A. L. R. enthält daher eine Bestimmung über die Umänderung dieser Verpflichtung in Folge der Theilung.

Im Falle des Austritts aus der bestehen bleibenden Gesellschaft entsteht keine Umänderung der Verpflichtung. 1. 17.:

§. 300. Durch den Austritt eines Mitgliedes wird dessen Verbindlichkeit gegen die Gläubiger der Gesellschaft nicht geändert.

§. 301. Er haftet also denselben nach wie vor aus gültigen Verträgen für das Ganze, sowie aus gesetzlichen Verpflichtungen für seinen Antheil, nach Verhältniß desjenigen, den er an der Sozietät gehabt hat.

Im Falle der gänzlichen Aufhebung der Gesellschaft gilt zwar im Allgemeinen der Grundsatz:

§. 307. Auch durch die gänzliche Aufhebung der Gesellschaft wird in den Verbindlichkeiten der gewesenen Mitglieder gegen die Gesellschaftsgläubiger nicht geändert.

es wird jedoch die Ausnahme gemacht:

§. 308. Wenn jedoch einem solchen Gläubiger die Aufhebung der Gesellschaft ausdrücklich bekannt gemacht wird, so muß derselbe, wenn er sich aus einem mit der Gesellschaft geschlossenen Vertrage an eines der gewesenen Mitglieder für das Ganze halten will, denselben innerhalb eines Jahres nach geschehener Bekanntmachung in Anspruch nehmen.

§. 309. Wird die Forderung erst nach Aufhebung der Gesellschaft fällig, so muß die Jahresfrist vom Verfalltage an gerechnet werden.

§. 310. Läßt der Gläubiger diese Frist verstreichen, so haftet ihm jedes Mitglied auch aus einem solchen Vertrage nur nach Verhältniß seines an der Sozietät gehabten Antheils.

III. Gemeinsame Scheidungen von Grundstücken.

Gemeinsame Scheidungen von Grundstücken unterscheiden sich wesentlich von anderem gemeinschaftlichen Eigenthum. Bei der gewöhnlichen Gemeinschaft ist eine bestimmte besondere Sache Eigenthum mehrerer Personen. Bei gemeinsamen Scheidungen dagegen befinden sich die angrenzenden Grundstücke im besonderen Eigenthum und nur der die Scheidung bildende Theil derselben ist gemeinschaftlich.

Hieraus ergeben sich folgende rechtliche Unterschiede:

1) Bei der gewöhnlichen Gemeinschaft hat jeder Theilhaber das Recht, Theilung zu verlangen.

Gemeinsame Scheidungen dagegen haben die Bestimmung, entweder die Grenzen der Grundstücke erkennbar zu machen, oder Grundstücke von einander zu scheiden, oder endlich einen den bezüglichen Grundstücken gemeinsamen dauernden Zweck zu erreichen. Deshalb müssen die Scheidungen erhalten werden und es hat kein Besitzer des einzelnen Grundstücks das Recht, Theilung der gemeinsamen Scheidung zu verlangen.

2) Aus demselben Grunde darf über die gemeinsame Scheidung nicht nach Stimmenmehrheit verfügt werden, sondern nur durch Willensübereinstimmung.

3) Bei gewöhnlichem gemeinschaftlichen Eigenthum ist die Sache in jeder rechtlichen Beziehung gemeinsam. Bei gemeinsamen Scheidungen geht die Gemeinschaft nur so weit, als der Zweck der

Scheidung erfordert. Soweit dies nicht der Fall ist, bleibt jedem Grundeigenthümer das Recht, bis zur wirklichen Grenze seines Grundstücks über den innerhalb der Grenzen seines Grundstücks befindlichen Theil der Scheidung zu verfügen, namentlich also hat jeder Grundstücksbesitzer das ausschließliche Recht der Nutzung der gemeinsamen Scheidung innerhalb der Grenzen seines Grundstücks.

A. Vermuthung für Gemeinschaft.

§. 375.

Scheidungen zwischen Grundstücken sind, soweit nicht ein besonderes Eigenthum erweisbar ist, gemeinschaftliches Eigenthum der angrenzenden Grundstückseigenthümer.

Nach Römischem Recht galt eine Grenzmauer als gemeinschaftlich:

Parietem, qui naturali ratione communis est. l. 8. D. 8. 2.

praedia urbana communibus parietibus plerumque disterminantur. l. 4. §. 10. D. 10. 1.

Das A. L. R. sagt 1. 8.:

§. 118. Die Reine oder sogenannten Pflugrechte zwischen benachbarten Grundstücke werden in der Regel als gemeinschaftliches Eigenthum angesehen.

§. 120. Auch die Winkel oder Zwischenräume zwischen den Häusern werden in der Regel für gemeinschaftlich geachtet.

Zäune, Planken, Mauern, Hecken und andere Scheidungen gelten als gemeinschaftlich:

in allen Fällen, wo weder ein einseitiges Eigenthum ausgemittelt werden kann, noch die vorstehenden (§§. 154—165.) besonderen Bestimmungen eintreten. §§. 168. 178.

das O. G. B.:

§. 854. Erdfurchen, Zäune, Hecken, Planken, Mauern, Privatbäche, Kanäle, Plätze und andere dergleichen Scheidewände, die sich zwischen benachbarten Grundstücken befinden, werden für ein gemeinschaftliches Eigenthum angesehen, wenn nicht Wappen, Auf- oder Inschriften oder andere Kennzeichen und Behelfe das Gegentheil darthun.

der Code Napoléon:

Art. 653. Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

Art. 666. Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

Art. 670. Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins que . .

B. Erhaltung.

§. 376.

Gemeinsame Scheidungen müssen von den benachbarten Grundstücksbesitzern auf gemeinsame Kosten erhalten werden.

Nach Römischem Recht erfolgte die Wiederherstellung und Ausbesserung nach den Grundsätzen der actio communi dividundo:

si aedes communes sint, aut paries communis, et eum reficere, vel demolire, vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum. l. 12. D. 10. 3.

Das A. L. R. sagt 1. 8.:

§. 168. Ueberhaupt ist in allen Fällen . . die Pflicht zur Unterhaltung der zwischen den Grundstücken zweier Nachbarn befindlichen Scheidungen beiden gemeinschaftlich. (cf. §. 157.)

§. 178. Eine mit Bewilligung beider Nachbarn statt eines bisherigen gemeinschaftlichen Zaunes angelegte Hecke wird ebenfalls, sowohl in Ansehung der Unterhaltung als der Abnutzung, gemeinschaftlich.

§. 101. Sind es Scheidegräben, so muß in der Regel die Unterhaltung von den beiderseitigen Nachbarn bis zur Mitte des Grabens geschehen.

das O. G. B.:

§. 856. Alle Miteigenthümer tragen zur Erhaltung solcher gemeinschaftlichen Scheidewände verhältnißmäßig bei.

der Code Napoléon:

Art. 655. La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionellement au droit de chacun.

Art. 669. Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs.

C. Aenderung.

§. 377.

Gemeinsame Scheidungen können nur nach dem übereinstimmenden Willen der Betheiligten umgeändert werden.

Daher sagt das Römische Recht:

Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi et reficiendi jus non est. l. 8. D. 8. 2.

Erscheint eine Aenderung als nothwendig, so entscheidet darüber der Richter, und die Klage geht dahin:

reficere, vel demolire, vel in eum immittere. l. 12. D. 10. 3.

Das A. L. R. verordnet I. 8.:

§. 119. Sie (die Reine und Pflugrechte) dürfen von keinem der benachbarten Besitzer, ohne Einwilligung der Miteigenthümer, verändert oder geschmälert werden.

und:

§. 182. Wider den Willen des einen Nachbars ist der andere einen bisherigen gemeinschaftlichen Zaun in eine lebendige Hecke zu verwandeln der Regel nach nicht befugt.

D. Nutzung.

§. 378.

Soweit es mit dem Zwecke der Scheidung vereinbar ist, hat jeder Nachbar das Recht, die gemeinsame Scheidung bis zur wirklichen Grenze seines Grundstücks zu nutzen.

Die Gesetzbücher sprechen diesen Grundsatz aus bezüglich einer gemeinschaftlichen Mauer.

Das Römische Recht sagt:

parietem communem incrustare licet. l. 13. §. 1. D. 8. 2.

Non posse prohiberi vicinum, quo minus balneum habeat secundum parietem communem. l. 19. pr. l. c.

Scalas posse me ad parietem communem habere, quia removeri hae possunt. l. 19. §. 2. l. c.

Juxta communem parietem cameram ex figlino opere

factam, si ita retineatur, ut etiam sublato pariete maneat, si modo non impediat refectionem communis parietis, jure haberi licet. l. 19. §. 1. l. c.

fistulam junctam parieti communi, quae aut ex castello, aut ex coelo aquam capit, non jure haberi. l. 19. pr. l. c.

non licet autem tubulos habere admotos ad parietem communem, sicuti ne parietem quidem suum per parietem communem. l. 13. pr. l. c.

Si paries communis, opere abs te facto, in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere, jus tibi non esse parietem illum ita habere. l. 14. §. 1. D. 8. 5.

das A. L. R. 1. 8.:

§. 135. Eine gemeinschaftliche Mauer kann jeder Nachbar an seiner Seite bis zur Hälfte der Dicke zu seinem Nutzen brauchen, insofern dadurch dem Gebäude selbst kein Nachtheil geschieht.

§. 136. Doch müssen Wandschränke und andere dergleichen Anlagen in einer solchen Mauer dergestalt eingerichtet werden, daß sie nicht auf diejenigen treffen, welche der Nachbar auf der entgegengesetzten Seite bereits angelegt hat.

das O. G. B.:

§. 855. Jeder Mitgenosse kann eine gemeinschaftliche Mauer bis zur Hälfte in der Dicke benützen, auch Blindthüren und Wandschränke dort anbringen, wo auf der entgegengesetzten Seite noch keine angebracht sind. Doch darf der Nachbar auf keine Art in dem Gebrauche seines Antheils gehindert werden.

der Code Napoléon:

Art. 657. Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans tout l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près, sans prèjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoire la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas ou il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée.

Außerdem bestimmt das A. L. R. 1. 8.:

§. 179. Jeder Nachbar ist also den Auswuchs (einer gemeinschaftlichen Hecke) auf seiner Seite sich zuzueignen wohl berechtigt.

Alphabetisches Sachregister.

(Die römische Zahl bezeichnet den Band, die deutsche die Seite.)

Druck von Brandes & Schultze in Berlin, Roßstr. 8.

Berichtigungen

im ersten Bande.

Seite	Zeile		
Seite 24	Zeile 24	von	oben statt: beweglichen lies: unbeweglichen.
„ 72	„ 15	„	unten statt: 312 lies: 311.
„ 86	„ 3	„	oben statt: Verkäufer lies: Käufer.
„ 129	„ 3	„	unten statt: 2 lies: b.
„ 130	„ 18	„	unten ist die Zahl 2 zuzusetzen.
„ 211	„ 3 u. 8	von	oben statt: 2 u. 3 setze: b u. c.
„ 212	„ 15	von	unten statt: der lies: die.
„ 254	„ 15	„	unten statt: 141 lies: 140.
„ 328	„ 6	„	oben statt: 367 lies: 366.
„ 349	„ 20	„	unten statt: 108 lies: 107.
„ 357	„ 8	„	oben statt: 105 lies: 104.
„ 359	„ 16	„	unten ist hinter: die zuzusetzen: Entsagung der.
„ 370	„ 4	„	unten ist die Zahl 2 zu streichen.
„ 373	„ 18	„	unten ist b zuzusetzen.
„ 428	„ 14 u. 17	von	oben setze statt: 220, 223, 224 — 219, 222, 223.
„ 454	„ 17	von	oben ist der Buchstabe c zu streichen.

im zweiten Bande.

Seite	Zeile		
Seite 62	Zeile 5	von	oben statt: rechtfertigen lies: unrechtfertigen.
„ 62	„ 4	„	unten statt: gerechtfertigten lies: ungerechtfertigten.
„ 69	„ 19	„	unten statt: gerechtfertigten lies: ungerechtfertigten.
„ 96	„ 17	„	oben statt: in l'exécution lies: de l'inexécution.
„ 96	„ 19	„	unten streiche: D.
„ 148	„ 16	„	unten statt: compie lies: comple.
„ 152	„ 2	„	unten ist hinter solum hinzuzusetzen: si.
„ 163	„ 1	„	oben statt: III. lies: Drittes Kapitel.
„ 166	„ 2	„	oben statt: Eigenthümers gegenüber dem Besitzer lies: Besitzers gegenüber dem Eigenthümer.
„ 190	„ 12	„	unten statt: öentlichen lies: öffentlichen.
„ 204	„ 6	„	unten statt: elenta lies: retenta.
„ 216	„ 1	„	oben statt: quod lies: quo ad.
„ 222	„ 7	„	unten statt: unveränderten lies: veränderten.
„ 238	„ 10	„	oben statt: liberirt lies: bezahlt.
„ 279	„ 3	„	unten statt: existimant lies: existimantur.
„ 288	„ 9	„	oben statt: Landraths lies: Landrechts.
„ 308	„ 21	„	oben statt: auch lies: noch.
„ 344	„ 9	„	unten statt: II. lies: III.







